

**TRIBUNAL ARBITRAL  
DE  
JUAN MALDONADO JLMG LTDA.  
VS.  
JOSEPH LOUIS CAMACHO Y MIREYA GAITÁN  
  
LAUDO**

Bogotá, D. C., primero (1) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Agotado todo el trámite procesal, con la observancia de todos los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a proferir en derecho el Laudo de mérito que finaliza el proceso arbitral entre la sociedad **JUAN MALDONADO JLMG LTDA** y **JOSEPH LOUIS CAMACHO** y **MIREYA GAITÁN**.

**CAPÍTULO I**

**ANTECEDENTES**

**1.1 PARTES PROCESALES**

**1.1.1 Parte convocante:**

**JUAN MALDONADO JLMG LTDA.** sociedad legalmente constituida identificada con el NIT 900.384.836-2, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el Señor Juan Pablo Maldonado González, según consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios No. 14 a 19 del Cuaderno Principal Número 1).

La parte convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, Doctor JOSÉ MARTÍNEZ MOLINA con T.P. 19.076 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder obrante en el expediente a folio 13 del Cuaderno Principal No. 1.

**1.1.2 Parte convocada:**

**JOSEPH LOUIS CAMACHO**, mayor y domiciliado en el municipio de Villa de Leyva (Boyacá), identificado con la cédula de extranjería No. E 408230, quien

comparece al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

**MIREYA GAITÁN**, mayor y domiciliada en el municipio de Villa de Leyva (Boyacá), identificada con la cédula número No. 51.597.448 de Bogotá, quien comparece al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

Los Señores Camacho y Gaitán han comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, Doctor MARTÍN NICOLÁS MONTOYA CÉSPEDES con T.P. 158.885 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder obrante en el expediente a folio 54 del Cuaderno Principal No. 1. El poder en mención fue sustituido en cabeza del Doctor LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA con T.P. 11.742 mediante documento obrante a 367 del Cuaderno Principal No. 1, poder que fue reasumido parcialmente por el Doctor MARTÍN NICOLÁS MONTOYA CÉSPEDES, en lo que a la asunción de la personería del Señor Camacho se refiere.

### **1.1.3 Llamada en garantía:**

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. sociedad legalmente constituida identificada con el NIT 900.384.836-2, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, representada legalmente por la Señora Natalia Sánchez Álvarez, según consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios No. 258 a 292 del Cuaderno Principal Número 1).

La llamada en garantía ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, Doctor RAFAEL ARIZA con T.P. 112.914 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder obrante en el expediente a folios 311 y 405 del Cuaderno Principal No. 1.

## **1.2 TRÁMITE**

### **1.2.1 El contrato origen de las controversias.**

JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN en calidad de contratantes y JUAN MALDONADO JLMG LTDA en calidad de contratista suscribieron un contrato denominado “CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No JLMG-

VUFC-VDL-09-2013” (PROYECTO VIVIENDA MULTIFAMILIAR CAMPESTRE) el 16 de noviembre de 2013 en Bogotá.

### 1.2.2 La cláusula compromisoria.

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria en la cláusula vigésima quinta del contrato anteriormente mencionado, cuyo texto dispone:

*“Vigésima Quinta: Resolución de conflictos: Las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre los **CONTRATANTES** con ocasión de la celebración interpretación ejecución y terminación de este Contrato y que no pudieran ser solucionadas directamente por los mismos serán dirigidas según las siguientes reglas: Tribunal de Arbitramento integrado por (3) Árbitros el cual funciona (sic) en Bogotá y decidirá un (sic) derecho, los Árbitros serán designados de común acuerdo por las partes dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que una parte comunique a la otra su determinación de convocar el tribunal; los Árbitros faltantes serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá”.*(Negrillas fuera)

### 1.2.3 Indicación de la cuantía y juramento estimatorio

El convocante inicial del presente Tribunal de Arbitramento, en el escrito de subsanación de demanda, estimó sus pretensiones bajo la gravedad de juramento en la suma de **SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$74.128.769).**

A su vez, la convocada (convocante en reconvencción) estimó la cuantía, por todo concepto incluido perjuicios, en la suma de **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$154.600.000).**

Los escritos contentivos del Juramento Estimatorio, en cada caso, serán materia de mención especial, más adelante.

### 1.2.4 La demanda arbitral

Con fundamento en la cláusula compromisoria, JUAN MALDONADO JLMG LTDA., presentó ante las oficinas del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, el día 25 de agosto de 2015, solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN.

### **1.2.5 Árbitros**

El 15 de septiembre de 2015, mediante sorteo fueron designados como árbitros los Doctores Gustavo Adolfo Cruz Matiz, William Lugo Forero y Manuel Antonio Villa Hinojosa. Estando en término los mencionados Doctores, William Lugo Forero y Manuel Antonio Villa Hinojosa aceptaron la designación y presentaron la declaración de independencia y el deber de información. Por otro lado, el doctor Gustavo Adolfo Cruz Matiz no se pronunció sobre la designación, razón por la cual se le comunicó al árbitro suplente, Doctor Carlos Enrique Angarita Angarita, quien estando en tiempo acepto su designación y presentó la declaración de independencia y el deber de información.

### **1.2.6 Instalación**

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 28 de octubre de 2015 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Acta N° 1, folios 187 al 193 del Cuaderno Principal N° 1). En la audiencia fue designada como Secretaria Liliana Otero Álvarez, quien aceptó el nombramiento, presentó la declaración de independencia, dio cumplimiento al deber de información y se posesionó el 10 de noviembre de 2015.

Una vez presentada la demanda de reconvención la secretaria puso de presente como circunstancia sobreviniente, que ella figura como Defensora del Consumidor Financiero Suplente de la entidad llamada en garantía (Folio 293 del Cuaderno Principal No. 1).

Ante tal manifestación el apoderado de la parte convocada solicitó la remoción de ella (Folio 294 del Cuaderno Principal No. 1) petición que fue resuelta por el Tribunal confirmado en su cargo a la Secretaría mediante Auto No. 4 del 2 de febrero de 2016 Folio 296 a 299 del Cuaderno Principal 1)

### **1.2.7 Admisión de la demanda**

En la misma audiencia de instalación el Tribunal mediante Auto número 2 del 28 de octubre de 2015, asumió competencia para adelantar los trámites iniciales del proceso arbitral e inadmitió la demanda y otorgó cinco (5) días hábiles para su subsanación. El 5 de noviembre de 2015 estando dentro del término legal el apoderado de la parte convocante subsanó la demanda, la cual fue admitida mediante el Auto No. 3 del 10 de noviembre de 2015. El auto admisorio de la demanda fue debidamente notificado el 27 de noviembre de 2015 a JOSEPH

LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN.

### **1.2.8 Contestación de la demanda**

Estando en tiempo el apoderado de la parte convocada, presentó el escrito de contestación de la demanda proponiendo excepciones de mérito (Folio 214 al 224 del Cuaderno Principal No. 1).

### **1.2.9 Demanda en Reconvención**

Dentro del término de traslado la parte convocada presentó igualmente demanda en reconvención, la cual fue admitida mediante el Auto No. 5 del 2 de febrero de 2016 (Folio 295 al 301 del Cuaderno Principal No. 1). El día 15 de marzo de 2016 la parte convocada (convocante en reconvención) presentó escrito de reforma a la demanda de reconvención, la cual fue admitida mediante el Auto No. 7 del 31 de marzo de 2016.

### **1.2.10 Contestación de la Demanda de Reconvención**

Dentro del término de traslado la parte convocante dio contestación a la reforma de la demanda en reconvención, proponiendo a su vez excepciones de mérito (Folio 413 al 431 del Cuaderno Principal No. 1).

### **1.2.11 Llamamiento en garantía**

Dentro del término de traslado, la parte convocada presentó escrito de Llamamiento en garantía en contra de la sociedad **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** (Folio 252 al 256 del Cuaderno Principal No. 1), el cual fue admitido mediante Auto No. 6 del 2 de febrero de 2016.

La sociedad llamada en garantía contestó en tiempo el llamamiento en garantía el 1 de marzo de 2016 (Folios 321 a 346 del Cuaderno Principal No. 1)

### **1.2.12 Reforma de la Demanda de Reconvención**

La parte convocada (convocante en reconvención) como antes se anotó, estando en término, el 15 de marzo de 2016, presentó escrito de reforma de la Demanda de Reconvención (Folios 372 a 399 del Cuaderno Principal No 1) en escrito en el cual modificó las partes demandadas, incluyendo como tal a la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., así como también modificó algunos hechos, reforma ésta que fue admitida mediante Auto No. 7 del 31 de

marzo de 2016.

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. interpuso recurso de reposición en contra del mencionado Auto No. 7 por considerar que no se encontraba probado el pacto arbitral entre el convocado y la aseguradora, recurso que fue resuelto mediante el Auto No. 9 del 13 de mayo de 2016 confirmando en todas sus partes el auto recurrido, al considerar el Tribunal que el momento procesal oportuno para decidir lo planteado en el recurso era la primera audiencia de trámite cuando se decidiera sobre la competencia y no el del momento.

#### **1.2.13 Objeción Juramento Estimatorio**

El Juramento Estimatorio presentado por el demandante inicial, no fue materia de objeción.

La parte convocante (convocada en reconvención) objetó el juramento estimatorio presentado en la demanda de reconvención, sin embargo, no se surtió contradicción probatoria a sus contenidos iniciales por inactividad de las partes en el tema.

#### **1.2.14 Audiencia de Conciliación**

El 8 de julio de 2016 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en la cual no fue posible llegar a una solución conciliatoria, dando por cumplida esta etapa. (Acta No. 9 Auto No.11 Folio 482 del Cuaderno Principal No. 1)

El apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición en contra del mencionado Auto No. 11, por considerar que al no estar presente en la audiencia un intérprete que asistiera al Señor Camacho quien -según su decir- solo habla inglés, se le estaba violando su derecho de defensa, el cual fue resuelto mediante Auto No. 12 confirmando en su totalidad el auto recurrido.

#### **1.2.15 Fijación de honorarios y gastos del proceso**

Mediante Auto número 13 del 8 julio de 2016 (Acta No. 9, folios 481 al 488 del Cuaderno principal No. 1) se fijaron los honorarios de los árbitros y de la secretaria, los gastos de administración y otros gastos.

Estos rubros fueron consignados en tiempo por cada una de las partes.

### **1.2.16 Primera audiencia de trámite**

Celebrada el día 17 de agosto de 2016.

En esta audiencia se asumió competencia para estudiar las pretensiones de la parte convocante, la parte convocada y el llamado en garantía en su condición de tal, pero no se asumió competencia frente a las pretensiones de la convocada para con la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. como parte convocada en reconvencción, tal y como se solicitó en la reforma a la demanda de reconvencción donde fuera ella, la aseguradora, incluida como tal.

Lo anterior teniendo en cuenta el alcance de la cláusula compromisoria suscrita entre la parte convocante y convocada, la cual se limitó a establecer el ámbito de la competencia del Tribunal Arbitral, a solamente ...” *Las eventuales diferencias que lleguen a surgir entre los CONTRATANTES con ocasión de la celebración interpretación ejecución y terminación de este Contrato y que no pudieran ser solucionadas directamente por los mismos...*” lo que no deja duda al Tribunal que se estableció una clara y voluntaria limitación convencional respecto de a quiénes cobija la cláusula en comento, específica y expresamente, siendo ellos, LOS CONTRATANTES de manera exclusiva y excluyente los incluidos, lo cual deja por fuera a la sociedad llamada en garantía en la calidad de parte convocada en reconvencción, razón por la cual no se asumirá competencia respecto de las pretensiones en acción directa que frente a esta sociedad aseguradora se quisieron incluir en la reforma de demanda mencionada.

La anterior decisión se tomó mediante Auto No 16 del 17 de agosto de 2016. Folio 565 del Cuaderno Principal No. 1

### **1.2.17 Audiencias**

El Tribunal sesionó durante este proceso en 19 audiencias, incluyendo la de lectura del Laudo.

### **1.2.18 Término del proceso**

El término para fallar empezó a correr a partir del 17 de agosto de 2016. El proceso ha estado suspendido del 18 de noviembre de 2016 hasta el 16 de enero de 2017, ambas fechas inclusive, razón por la cual el término para fallar vence el 12 de abril de 2017, teniendo en cuenta el término legal y los 38 días hábiles de suspensión.

### **1.3 PRESUPUESTOS PROCESALES**

Sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre el tema, el Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y así mismo que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar laudo de mérito, el cual de acuerdo a lo previsto en la cláusula compromisoria se profiere en derecho.

En efecto, se acreditó:

#### **1.3.1 Demanda en forma**

En su oportunidad se verificó que la demanda, la demanda de reconvenición y el llamamiento en garantía cumplían las exigencias del artículo 82 del C.G.P. y por ello el Tribunal las sometió a trámite.

#### **1.3.2 Competencia**

Los asuntos materia de este proceso son controversias legalmente disponibles, referidas a los contratos objeto de la cláusula compromisoria, sobre las cuales el Tribunal es competente en los términos y con el alcance que se señala en otro aparte de este Laudo.

En relación al llamado en garantía, la competencia del Tribunal está limitada a lo contemplado el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012.

#### **1.3.3 Capacidad**

Del estudio de los documentos que obran en el expediente, se observa que tanto la parte Convocante JUAN MALDONADO JLMG LTDA , la parte Convocada JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN y la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso; la existencia y representación legal de JUAN MALDONADO JLMG LTDA y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. está debidamente acreditada y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por medio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.



## **1.4 LA DEMANDA PRINCIPAL**

### **1.4.1 Las pretensiones de la demanda principal**

La parte Convocante, por intermedio de su apoderado, solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la demanda a folios 1 al 12 del Cuaderno Principal N° 1 y que continuación se transcriben:

*“Que se profiera laudo en que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:*

*“1. Se declare que los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN incumplieron el CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013 (PROYECTO VIVIENDA MULTIFAMILIAR CAMPESTRE) celebrado el 16 de noviembre de 2013, al decretar en forma ilegal y arbitraria su finalización el 3 de octubre de 2014.*

*“2. Se decrete la resolución del CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013 (PROYECTO VIVIENDA MULTIFAMILIAR CAMPESTRE) por incumplimiento de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN.*

*“3. Se condene a los demandados a pagarle a JUAN MALDONADO JLMG LTDA., la totalidad de los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante, causados por el incumplimiento contractual.*

*“4. Se condene a los demandados a pagarle a JUAN MALDONADO JLMG LTDA., la suma de \$50.025.000.00 como cláusula penal pecuniaria.*

*“5. Se condene a los demandados a pagarle al demandante los intereses comerciales más la indexación, sobre todas las sumas de dinero que se decreten a su favor por los distintos conceptos indemnizatorios.*

*“6. Se condene a los demandados al pago de las costas del proceso.*

### **1.4.2 Hechos planteados por la convocante en la demanda principal**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones de JUAN MALDONADO JLMG LTDA., arriba transcritas, están contenidos en la demanda, folios 1 al 12 del Cuaderno principal No. 1, hechos que a continuación igualmente se transcriben:

**“PRIMERO:** Entre los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GATTAN, como CONTRATANTES, por una parte; y JUAN MALDONADO JLMG LTDA., como CONTRATISTA, por la otra parte, se celebró en Bogotá, el 16 de noviembre de 2013, un contrato que se denominó "CONTRATO DE CONSULTORIA Y OBRA CIVIL No JLMGVUFC-VDL-09-2013" (PROYECTO VIVIENDA MULTIFAMILIAR CAMPESTRE).

**SEGUNDO:** De acuerdo con la CLÁUSULA PRIMERA, el objeto del contrato fue la ejecución de los diseños arquitectónicos, diseños complementarios, estudios técnicos, obtención de la licencia de construcción y ejecución de obra para la construcción de una vivienda de tipo unifamiliar campestre altura dos (2) pisos más obras exteriores y una (1) casa de servicios complementarios, altura de un (1) piso, localizada en la vereda El Roble del Municipio de Villa de Leyva (Boyacá), de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y de materiales diseñados en la consultoría general del proyecto.

**TERCERO:** Las partes estipularon que el valor del contrato sería el resultado de multiplicar el área total construida por el precio y/o valor pactado por metro cuadrado construido y acabado, así: **"VIVIENDA PRINCIPAL: ÁREA PRIMER PISO: 170 m2. AREA SEGUNDO PISO: 85 m2. Area dura: 102 m2. VALOR POR m2: UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$1.250.000.00) POR M2 PARA LA VIVIENDA PRINCIPAL Y ZONAS EXTERIORES. VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: AREA: 60 m2. VALOR POR m2: NOVECIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$900.000.00) POR M2 PARA LA VIVIENDA DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS"**

**CUARTO:** El plazo para la ejecución de las obras contratadas fue pactado por las partes en la siguiente forma: **"CONSULTORÍA: 90 DÍAS CALENDARIO. EJECUCION DE OBRA: 9 MESES A PARTIR DE LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE INICIO DE OBRA".**

**QUINTO:** Los trabajos se iniciaron y se estaban realizando por EL CONTRATISTA de acuerdo con el cronograma acordado y con los dineros desembolsados por EL CONTRATANTE.

**SEXTO:** Pero, de manera intempestiva, JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GATTAN, en carta de 3 de octubre de 2014 enviada por correo electrónico, invocando la .^1 condición resolutoria tácita establecida en el artículo 1546 del Código Civil, le expresaron al arquitecto JUAN PABLO MALDONADO

GONZALEZ, representante legal de JUAN MALDONADO JLMG LTDA., su decisión de dar por terminado el contrato "con base en su conducta incumplidora de sus obligaciones como contratistas (sic)"; le informaron que las obras realizadas debían ser entregadas al Ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CESPEDES, a quien designaron para esos efectos como su representante, y convocaron a EL CONTRATISTA a una reunión para el 8 de octubre de 2014 a las 10:00 a.m., con el objeto de liquidar el contrato; así mismo, le informaron que habían hecho el pago de salarios a cinco trabajadores de EL CONTRATISTA, señores HENRY GARCIA, PEDRO MUNEVAR, ALFONSO CASTELLANOS, IVAN MUNEVAR y DAGOBERTO MARTINEZ, "en prevención de una demanda laboral en mi contra (sic) como contratante y en base a (sic) una eventual solidaridad...".

**SEPTIMO:** Debe resaltarse que el pago a los trabajadores correspondía a la nómina de finales de septiembre, que EL CONTRATISTA se proponía pagar con el desembolso que EL CONTRATANTE debía hacer y no hizo

**OCTAVO:** Debe resaltarse que en la referida comunicación EL CONTRATANTE no especificó cuáles eran los hechos u omisiones constitutivos del incumplimiento que le imputaba a EL CONTRATISTA.

**NOVENO:** Conocida la decisión de EL CONTRATANTE, el arquitecto JUAN PABLO MALDONADO G., Representante Legal de EL CONTRATISTA, le dirigió una carta el 7 de octubre de 2014 al ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CESPEDES, inter/entor del Contrato de Consultoría y Obra Civil, en que puso de presente que desconocía las causas que motivaron a EL CONTRATANTE para decretar la terminación del contrato; igualmente, solicitó el aplazamiento de la reunión debido a que se proponía solicitar una revisión del contrato con la asesoría de un ajustador de la aseguradora, y una asesoría de la Sociedad Colombiana de Arquitectos y del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería para una revisión neutral de los diseños y obras ejecutadas; finalmente, propuso como fecha de la reunión el 15 de octubre para acordar una posible suspensión del contrato.

**DECIMO:** En la misma fecha, 7 de octubre de 2014, el representante legal de EL CONTRATISTA envió una carta a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en la relación con la póliza de garantía del Contrato de Consultoría y Obra Civil, en la cual Informó los siguientes hechos: (i) Que el contrato se encontraba suspendido desde el 3 de octubre por decisión unilateral de EL CONTRATANTE; (ji) Que en esa fecha se encontraban en la obra trabajadores de EL CONTRATISTA en actividades

de estructura en concreto, mampostería y pañetes generales de la obra; (iiü) Que el 23 de septiembre EL CONTRATANTE, sin ninguna razón, había solicitado retirar de la obra al subcontratista y al maestro general; (iv) Que el 3 de octubre fue retirado el personal de la obra por orden directa de EL CONTRATANTE, sin previo acuerdo o comunicación alguna con EL CONTRATISTA; (v) Que ante la preocupación expresada por el interventor MONTOYA CÉSPEDES por la ausencia de personal en la obra y por la falta de materiales, se le explicó que los trabajadores habían sido despedidos por EL CONTRATANTE y que en ese momento había en el sitio gravilla, arena lavada para concretos, arena de peña para pañetes, acero para estructura de vigas de segundo piso y columnas estructurales, alambre para amarre de acero, formaleas para estructura, madera para encofrados, tubería eléctrica de 1/2 pulgada, tubería hidráulica y sanitaria, equipos para concretos como mezcladora de concreto, vibrador eléctrico para concreto y rana de compactación a gasolina; (vi) Que no había incumplimiento de EL CONTRATISTA en cuanto a la cantidad y calidad de obra ejecutada; (vii) Que, finalmente, el interventor de la obra no estaba actuando en forma imparcial, razón por la cual solicitó que la aseguradora designara de inmediato un ajustador para la revisión del contrato.

**DECIMO PRIMERO:** En respuesta a la carta de 3 de octubre, se produjo una comunicación fechada el 8 de octubre de 2014, suscrita por JOSEPH LOUIS CAMACHO, MIREYA GAFTÁN y el ingeniero MONTOYA CÉSPEDES dirigida al representante legal de EL CONTRATISTA, en la cual replicaron que a la carta suya de 3 de octubre se adjuntó como prueba documental del incumplimiento contractual las constancias de pago de salarios a los cinco ya mencionados trabajadores de EL CONTRATISTA; insistieron en que la obra se encontraba paralizada desde el 3 de octubre de 2014 por el supuesto incumplimiento de EL CONTRATISTA; y que éste sería responsable por todos los perjuicios causados por concepto de daño emergente y lucro cesante; finalmente, indicaron que asistirían a la reunión programada para el 15 de octubre a las 9:00 de la mañana.

**DECIMO SEGUNDO:** En vista de la decisión tomada por EL CONTRATANTE para decretar en forma unilateral la terminación del contrato, invocando la cláusula resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, el representante legal de EL CONTRATISTA le dirigió al interventor del contrato, ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CÉSPEDES, la carta de 7 de octubre de 2014, que se transcribe a renglón seguido:

Por medio de la presente me permito informarle que el día de hoy recibimos su comunicación vía correo electrónico la cual está fechada desde el día 03 de octubre donde se nos comunica la decisión de Liquidar el **CONTRATO DE CONSULTORIA Y OBRA CIVIL No. JLMG-VUFC-VDL-092013** por parte de El Contratante y en la cual se argumenta dicha terminación cito textualmente **"por hechos imputables al contratista"** dando a conocer un incumplimiento de nuestras obligaciones como ejecutores de dicho Contrato y en el que no es claro por parte de El Contratante representado por usted cuales son los hechos y cuáles son las causas para que se nos notifique de un incumplimiento.

Es importante aclarar que cuando se notifica de un incumplimiento a un Contrato de Obra por cualquiera de las partes firmantes, como usted bien lo debe saber hay que tener sustento alguno dando a conocer las causas que lo motivaron y los hechos que llevaron a tomar dicha decisión. Por tal motivo se solicita aplazar la reunión del día de mañana 08 de Octubre en el lugar de las obras para realizar la liquidación y entrega de las obras pertenecientes al Contrato en mención para el próximo miércoles 15 de octubre del presente año, debido a que la empresa JLMG Ltda. ha tomado la decisión de solicitar una revisión del Contrato solicitando a la Aseguradora un Ajustador, a la Sociedad Colombiana de Arquitectos y al Concejo Profesional Nacional de Ingeniería una asesoría sobre quien puede hacer una revisión neutral de los Diseños y las Obras Ejecutadas con cargo a la parte que este (sic) en incumplimiento, así mismo se realizará la revisión Jurídica del caso para que se determine cuál de las dos partes está incurriendo en el incumplimiento del Contrato, por tal motivo el aplazamiento de dicha diligencia es legal y es solicitada por El Contratista.

**DECIMO TERCERO:** Las partes acordaron la suspensión del contrato de consultoría y obra civil en la reunión del 15 de octubre de 2014. (En esta reunión se le solicitó al Ingeniero Montoya y al señor Camacho que se realizara un acta de suspensión al contrato para aclarar todas las cosas y que el ing. Montoya presentara sus informes sobre la obra a lo cual se negaron rotundamente a realizar dicha acta de suspensión y esta Acta se les solicitó varias veces de forma legal para así entregarla en la aseguradora y actualizar la situación de las pólizas del contrato)

**DECIMO CUARTO:** En esa reunión y después en forma reiterada EL CONTRATISTA le solicitó a EL CONTRATANTE y al Ingeniero MONTOYA CESPEDES la elaboración del acta de suspensión del contrato, para entregarla a la aseguradora e informarle esta novedad en el desarrollo del contrato; pero ésta petición fue siempre desatendida por EL CONTRATANTE.

**DECIMO QUINTO:** En la misma reunión, en presencia de todas las personas que en ella intervinieron, EL CONTRATANTE expresó su conformidad con la obra ejecutada hasta el momento.

**DECIMO SEXTO:** En esa fecha, 15 de octubre de 2014, en presencia del arquitecto JUAN PABLO MALDONADO, del Ingeniero RICARDO MALDONADO, del ingeniero MONTOYA CESPEDES, del señor JOSEPH LOUIS CAMACHO y de la señora MIREYA GATTAN, los ingenieros MANUEL ARQNIEGAS GUATEGUI y LUIS MANTILLA S., realizaron una inspección a la obra y en carta de octubre 22 de 2014 hicieron constar el resultado de sus observaciones.

**DECIMO SEPTIMO:** Este informe de los ingenieros ARCINIEGAS y MANTILLA, imparcial y rigurosamente sustentado, tiene una importancia crucial porque determinó exactamente el estado de la obra y la cantidad y calidad de los trabajos efectuados por EL CONTRATISTA. A renglón seguido se transcriben sus observaciones y conclusiones:

De acuerdo a lo observado en la visita y a los documentos aportados por los contratistas avalamos que la edificación se encuentra construida en un promedio del 50.9% o sea un promedio de 130M<sup>2</sup>; del total de la obra a ejecutar de 255M<sup>2</sup>. Además, se adicionan otras obras así:

Cava de vinos, cuarto de pánico con un área de 63M<sup>2</sup>.

Ampliación de la sala en un área de 7.68M<sup>2</sup>.

Ampliación de la alcoba principal en un área de 9.78M<sup>2</sup>.

Vía de acceso (carretera) y ejecución del acceso al predio. Descapote, recebo, compresión con rana.

Valor total del contrato inicial por un valor de..... \$220.000.000.00

Vivienda principal .....	\$185.500,000.oo
Vivienda .....	servidumbre
.....	\$35.000.000.oo

*Tiempo estimado para la ejecución de la obra nueve meses a partir de la fecha de la suscripción del acta de inicio.*

*Inicio de las obras 10 de abril de 2014.*

*Ultimo corte de obra 3 de Octubre de 2014 por parte de la constructora.*

*Corte de obra 03 de Octubre de 2014 y suspensión de la obra por parte del contratante el cual despidió a los trabajadores que se encontraban laborando en la obra acción por demás injustificada ya que estos están contratados por el contratista.*

*Una vez analizados los documentos aportados por el Arq. Juan Pablo podemos concluir que lo anteriormente expuesto es real y verídico, no encontrando ninguna justificación para la cancelación unilateral del contrato por parte del contratante. Acción que no se ajusta al código de comercio ya que los contratos suscritos entre particulares solo se pueden cancelar de común acuerdo con la presencia de las dos partes.*

*Los contratos entre el Estado y particulares si se cancelan unilateralmente por cualquiera de las dos partes.*

*Una vez revisada la obra observamos que se realizó cumpliendo con los estándares de calidad exigidos por el contratante. **El contratante manifestó su conformidad total con la obra ejecutada a la fecha en cuanto a la calidad y cantidad**, los materiales que se están utilizando en la obra son de primera calidad así tuberías de PVC marca Paveo, cemento de producción Nal, aceros estructurales de acuerdo a las normas actuales de primera calidad, alambres de amarre con norma, gravilla, arenas, agregados pétreos de excelente calidad de la región. Materiales y alambres de acuerdo a la norma Retie. Igualmente se revisaron los valores de los materiales adquiridos y se encuentran de acuerdo a las fluctuación del mercado, y en concordancia de las normas constructivas, con precios ventajosos ya que unos se compraron.*

*No se hizo el desembolso de los dineros prometidos para el final de Septiembre de 2014 y poder continuar con la obra, y ya se habían invertido los anticipos*

anteriores totalmente. También se incurrió en una falta grave que fue despedir el personal contratado por la firma JLMG.

El 23 de Septiembre de 2014 despidió al maestro general de la obra y al sub contratista aduciendo que él tenía uno, y hasta la fecha de suspensión de la obra no se había presentado, acción por demás ilegal ya que la responsabilidad del personal es de acción del contratista. Este día se presentó al Ing Camilo Ernesto Montoya como interventor de la obra por parte del contratante para que supervisara todas las acciones ejecutadas.

En la reunión del día 15 de Octubre de 2014 se le solicito al Ing Camilo Montoya interventor del contratante por el Arq. Juan Pablo Maldonado el acta de suspensión de obra mientras se aclaraban las diferencias suscitadas, la cual no ha sido entregada a la fecha.

**DECIMO OCTAVO:** De la inspección a la obra efectuada por los ingenieros ARCINIEGAS y MANTILLA se desprenden las siguientes conclusiones: **(i)** La obra estaba ejecutada en un 50,9%, esto es, en 130 mts.2 de un total de 255 mts.2, **(ii)** Además, se verificaron las siguientes obras: Cava de vinos, ampliación de la sala, ampliación de la alcoba principal y vía de acceso al predio, **(iii)** La obra se suspendió por decisión de EL CONTRATANTE, que despidió a los trabajadores que se encontraban laborando allí, proceder injustificado pues ese personal había sido vinculado por EL CONTRATISTA, **(iv)** La obra ejecutada cumplía los estándares de calidad exigidos por EL CONTRATANTE, **(v)** Los materiales utilizados en la obra eran de primera calidad, **(vi)** El registro visual y fotográfico de la inspección mostró en el sitio de la obra los siguientes materiales y equipos: Materiales (Gravillas; arena para pañetes y lavada; agregados pétreos; aceros estructurales; amarres y alambres; ladrillo hueco No 5; madera tabla burra, armaduras de entrepisos; teja metálica estructural; tuberías en PVC para manejo de agua fría y caliente, eléctrica y sanitaria. Equipos: trompo; rana de compactación; vibro compactador; herramientas manuales; bogís; baldes; palustres; taladros eléctricos y pulidoras eléctricas etc., **(vii)** Los acabados de obra gris eran de muy buena calidad, **(viii)** El valor de la obra ejecutada era de \$242.221.740, 69 frente a un anticipo de \$236.000.000,00, lo cual daba un saldo a favor de EL CONTRATISTA de \$6,221.740,69, **(ix)** El contratante no hizo el desembolso de los dineros prometidos para fines de septiembre de 2014, **(x)** Los anticipos hechos a EL CONTRATISTA se habían invertido adecuadamente en la obra, **(xi)** La declaración de incumplimiento contractual que hizo EL CONTRATANTE el



3 de octubre de 2014 no estaba justificada, pues había suficiente personal laborando en la obra y existía un saldo a favor de EL CONTRATISTA.

**DECIMO NOVENO:** El informe de los ingenieros ARQNIEGAS y MANTILLA patentiza la actitud contractual ilegal y arbitraria asumida por EL CONTRATANTE, al despedir a todos los trabajadores de EL CONTRATISTA que prestaban sus servicios en la obra, y al decretar en forma unilateral e inconsulta la terminación del contrato sin que existieran hechos o razones que justificaran esa decisión.

**VIGÉSIMO:** En tal sentido debe resaltarse que la contratación, administración, pago de la remuneración y despido del personal de la obra eran potestad de EL CONTRATISTA, según la cláusula TERCERA, numeral 4; así mismo, era obligación suya mantener al frente de la obra el personal idóneo y calificado durante el desarrollo del contrato, según la cláusula SEXTA.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** En numerosas comunicaciones escritas EL CONTRATISTA solicitó una copia del acta de suspensión del contrato y mostró una posición conciliadora; pero esa actitud no tuvo ninguna reciprocidad en EL CONTRATANTE, pues éste se limitó a insistir una y otra vez en que el contrato estaba finalizado y que debía procederse a su liquidación.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** En carta de 4 de noviembre de 2014 EL CONTRATISTA le informó a EL CONTRATANTE que pondría en conocimiento de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., el incumplimiento del contrato, basado en los siguientes hechos y omisiones; **(i)** La no realización del acta de suspensión del contrato, que impidió la efectiva suspensión de la obra y causó una serie de traumatismos en el desarrollo del contrato, en cuanto a los recursos económicos y a los plazos; **(ii)** EL CONTRATANTE sin ninguna razón suspendió el desembolso de recursos económicos acordados para la programación de la ejecución de la obra, lo cual implicó la violación de la cláusula CUARTA numeral 1. Y de la cláusula QUINTA literales b) y c); **(iii)** el personal despedido se encontraba adelantando en la obra trabajos en estructura de concreto, mampostería y pañetes, y de conformidad con la cláusula DECIMA SEPTIMA solo EL CONTRATISTA estaba facultado para contratarlo, impartirle órdenes, suspenderlo y retirarlo; **(iv)** De aquí se sigue el comportamiento contractual abusivo de EL CONTRATANTE al despedir a cinco trabajadores de EL CONTRATISTA, al subcontratista y al maestro general de la obra.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Ante el comportamiento ilegal y arbitrario asumido por EL CONTRATANTE y ante su reiterada determinación de no dialogar, EL CONTRATISTA en carta de 16 de junio de 2015 le expresó que entre las partes habían surgido conflictos de interés que no pudieron ser superados mediante un diálogo directo; y, en consecuencia, lo citó a una reunión en Bogotá en la Calle 44 N° 14-30, oficina 1208 para el 22 de junio a las 11:00 de la mañana, con el objeto de escoger de común acuerdo los tres árbitros que habrían de conformar un tribunal de arbitramento con arreglo a la cláusula VIGÉSIMA QUINTA del contrato.

**VIGÉSIMO CUARTO:** En carta de junio 18 de 2015 EL CONTRATANTE le respondió a EL CONTRATISTA que la suya de 16 de junio no se ajustaba "a la literalidad de la cláusula VIGESIMA QUINTA del contrato", razón por la cual no asistiría a la reunión.

**VIGÉSIMO QUINTO:** La cláusula VIGESIMA QUINTA del contrato tiene el siguiente tenor: **"CLÁUSULA VIGESIMA QUINTA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:** Las eventuales diferencias que lleguen a surgir entre los **CONTRATANTES** con ocasión de la celebración interpretación ejecución y terminación de este Contrato y que no pudieran ser solucionadas directamente por los mismos serán dirigidas según las siguientes reglas: Tribunal de Arbitramento integrado por (3) Árbitros el cual funciona (sic) en Bogotá y decidirá un (sic) derecho, los Árbitros serán designados de común acuerdo por las partes dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que una parte comunique a la otra su determinación de convocar el tribunal; los Árbitros faltantes serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá".

**VIGÉSIMO SEXTO:** EL CONTRATISTA ha cumplido todas y cada una de sus obligaciones contractuales.

**VIGÉSIMO SEPTIMO:** Se enfatiza que EL CONTRATANTE, que ha violado ostensiblemente sus obligaciones, no tiene ningún derecho a invocar en su favor la cláusula resolutoria tácita.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** El contrato está vigente pues EL CONTRATISTA rechaza de plano que EL CONTRATANTE, por sí y ante sí, lo declare finalizado sin ninguna razón.

**VIGÉSIMO NOVENO:** En la **CLÁUSULA OCTAVA** del contrato se estipuló una sanción a título de cláusula penal pecuniaria, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, equivalente al 10% del valor total del contrato.

**TRIGÉSIMO:** Los perjuicios por daño emergente y lucro cesante causados a EL CONTRATISTA por el incumplimiento contractual de EL CONTRATANTE, tiene a la fecha un valor global de \$124.153.769.00.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** En desarrollo del contrato han surgido graves diferencias sobre su interpretación, ejecución y finalización, que no pudieron ser solucionadas directamente por las partes.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Ante la reticencia de EL CONTRATANTE a dialogar con EL CONTRATISTA para designar de común acuerdo los tres árbitros, corresponde al señor Director del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá hacer tal designación para integrar el Tribunal de Arbitramento.”

## **1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL**

El apoderado de la parte convocada, estando en término contestó la demanda (Folios 214 al 224 del Cuaderno Principal No. 1). Al respecto la contestación de los hechos el Tribunal sin hacer suyas tales manifestaciones, las sintetiza de la siguiente manera:

1. “No es totalmente cierto, puesto que con la sociedad demandante se firmaron, sobre la misma obra, dos contratos en épocas diferentes, pero cuya fecha es la misma, y un otrosí firmado el 6 de marzo de 2014 modificando la cláusula novena de amparos.
2. Esa es la obra civil en los dos documentos.
3. En el primero de los documentos citados se había pactado esa forma de pago determinable, y, como lo hemos dicho, en el segundo contrato suscrito, para la expedición de las pólizas, se precisó: “a los quince (15) (sic) días del mes de noviembre de 2013”. El otro documento en el que se estipuló y precisó que el valor del contrato sería: “VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA PRINCIPAL: El valor de este Contrato es de \$186.500.000.00 (Ciento ochenta y seis millones quinientos mil pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”, “VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: El valor de este Contrato es de \$35.000.000.00 (Treinta y cinco millones de pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”.

*Así fue con los valores del segundo documento, les fue entregada a mis poderdantes, en su calidad de contratantes, la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Particulares No. 1062376-3 del 13 de Mayo de 2014 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., para garantizarles los rubros especificados en la póliza.*

- 4. Es el plazo pactado en el contrato. Es cierto.*
- 5. Es cierto en cuanto la obra se inició, pero no es cierto que se tenía un cronograma de obra.*
- 6. Allí se plantean varios hechos a los cuales se refieren por separado. El primero, en cuanto a la carta suscrita por mis mandantes de fecha 03 de octubre de 2014 cuya literalidad está fundada en el incumplimiento de obligaciones contractuales de la contratista, como lo era el pago de los salarios y prestaciones sociales reclamados por los trabajadores destacados en la obra por la contratista, pagos que fueron asumidos por la contratante, y en su demostración se adjuntaron a la referida carta las constancias de tales pagos. El segundo hecho es que, ese incumplimiento autoriza al dueño de la obra mis mandantes según el art. 2056 del Código Civil, a proceder a terminar el contrato, cesar dice la ley, basados en el incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte. El tercer hecho, está relacionado con el pago que correspondía efectuar a la contratista, el cual se hizo por mis mandantes en prevención de eventuales demandas por parte de los trabajadores por solidaridad. El cuarto hecho está ligado con la terminación del contrato desde esa fecha, 03 de octubre de 2014, pues se determinó por el dueño de la obra a designar a quién se le debía hacer la entrega de lo construido hasta ese momento y, desde luego, proceder a la liquidación del contrato. La carta del 03 de octubre de 2014 NO fue intempestiva sino como consecuencia de hechos de la contratista. Las personas en ella referidas, son los trabajadores que suscribieron los recibos de pago, anexos a la documental.*
- 7. No se acepta el hecho tal como está redactado. La parte demandada desconoce si el pago correspondería a la nómina de septiembre de 2014; desconoce si el contratista se proponía pagar dichas obligaciones. Finalmente, la parte demandada rechaza que en virtud del contrato firmado fuera obligación de mis representados hacer desembolsos distinto a los pactados en la cláusula 4ª del contrato en concordancia con la cláusula 5ª del mismo.*
- 8. NO es cierto; en la carta del 03 de octubre de 2014, tal como lo manifiesta el demandante en el hecho seis de la demanda, se refieren los hechos y se demuestran con los recibos de pago firmados por los trabajadores reclamantes, las razones que motivaron la terminación del contrato. Y como estos hechos denotan el incumplimiento de obligaciones pactadas a cargo*

de la contratista, lo que en los contratos bilaterales es razón que justifica la terminación del contrato civil de obra por el dueño de la misma, no aceptamos entonces esta afirmación.

9. Se acumulan nuevamente allí varios hechos, que contestaremos así. El primero, referente a la carta del 07 de octubre de 2014 de contratista. No es verdad, y no aceptamos, que el contratista no conociera las razones que sustentaron la terminación del contrato. Esto por cuanto, como ya se señaló, en la carta del 03 de octubre de 2014 se le había enterado de los hechos motivantes de la terminación del contrato civil de obra por hechos imputables a la contratista. El segundo asunto, el relacionado con el aplazamiento de la reunión, pues esas fueron las razones alegadas por el contratista. El tercero, es cierto que esa fecha fue propuesta por ellos, pero no lo es que se haya manifestado al contrato que el objeto de dicha reunión sería el posible acuerdo de una suspensión del contrato. Suspensión, que dicho sea de paso, sería imposible puesto que el contrato, para todos sus efectos, había terminado el 03 de octubre de 2014.
10. No es un hecho de la contratante pues se refiere a actuaciones de la contratista plasmados en su comunicación del 07 de octubre de 2014, enviada a la Aseguradora.
11. La carta de la contratante de fecha 08 de octubre de 2014 es reiterativa de los hechos descritos en la anterior del día 03 de octubre de 2014, pero ampliada en que la consecuencia jurídica es la “terminación del contrato” debida a hechos imputables a la contratista, y no la “suspensión” del contrato, y si se habló de otras obligaciones con proveedores no pagadas por la contratista. Así mismo que se llevaría a cabo la reunión del día 15 de octubre de 2014.
12. Como este hecho es idéntico al hecho noveno, reiteramos su respuesta: “Se acumulan nuevamente allí varios hechos, que contestaremos así. El primero, referente a la carta del 07 de octubre 2014 de la contratista. No es verdad, y no aceptamos, que el contratista no conociera las razones que sustentaron la terminación del contrato. El segundo asunto, el relacionado con el aplazamiento de la reunión, pues esas fueron las razones alegadas por el contratista. El tercero, es cierto que esa fecha fue propuesta por ellos, pero no lo es que se haya manifestado al contratante que el objeto de dicha reunión sería el posible acuerdo de una suspensión del contrato. Suspensión, que dicho sea de paso, sería imposible puesto que el contrato, para todos sus efectos, había terminado el 03 de octubre de 2014.
13. No es cierto que, en la reunión del 15 de octubre de 2014, las partes hayan acordado la suspensión del contrato. Toda vez que, desde la carta del 03 de octubre de 2014, el contratante dio por terminado el contrato, e invitó al

- contratista para su liquidación. También es falso que se haya solicitado al Ing. Montoya Céspedes presentar informes sobre la obra.*
- 14. Como se ha dicho, el contrato fue terminado desde el 03 de octubre de 2014 por hechos imputables a la demandante contratista.*
  - 15. No es cierto porque los contratantes no son ingenieros o arquitectos.*
  - 16. No es totalmente cierto. De una parte, es cierto que la reunión fue celebrada ese día. De otra parte, también es cierto que las personas aludidas acudieron a dicha reunión. Sin embargo, hay que aclarar, en primer lugar, que los Ingenieros Arciniegas Guategui y Mantilla S. fueron presentados a mis poderdantes como supuestos ajustadores de la aseguradora, sin que ellos hubieron presentado documentos que los acreditaran como tales y sin que la compañía hubiera enviado comunicación, en debida forma, a mis poderdantes de su designación. En segundo lugar, que mis mandantes no encomendaron la realización de labora alguna a los ingenieros citados. En tercer lugar, que mis representados jamás recibieron el supuesto informe fechado el 22 de octubre de 2014. En cuarto lugar, es preciso señalar que los ingenieros citados no realizaron medición alguna de la obra. En quinto lugar, es de notar que el contenido de dicho informe es materialmente idéntico al presentado por los contratistas al contratante con anterioridad, el 31 de agosto de 2014.*
  - 17. No es cierto que el informe de los Ingenieros Arciniegas y Mantilla haya sido imparcial o rigurosamente sustentado.*
  - 18. No se aceptan estas apreciaciones: Los ingenieros aludidos no demostraron que fueron designados por la Compañía de seguros; ellos no fueron designados por el Contratante, ni como expertos, ni como testigos expertos. De otro lado, al no ser designados por las partes para mensurar la obra, no se entregaron soportes matemáticos realizados por ellos bajo esa calidad, así como la contratista tampoco presentó actas de entrega de los avances de las obras.*
  - 19. No es cierto. El documento de los señores Arciniegas y Mantilla no es conducente para probar una supuesta actitud ilegal y arbitraria del contratante. Adicionalmente, tampoco es cierto que mis poderdantes hayan despedido trabajadores de la contratista.*
  - 20. Es cierto, según los términos del contrato. Por consiguiente, toda vez que este fue uno de los incumplimientos imputables al contratista de las obligaciones referidas en las cláusulas que el demandante cita, se terminó el contrato.*
  - 21. Es cierto y ajustado a derecho por cuanto el contrato había sido terminado el 3 de octubre de 2014.*

22. *La carta del 04 de noviembre de 2014 no es un documento de la contratante, y por lo demás se trata de documentos cursados a la aseguradora con comentarios de parte interesada después de que el día 03 de octubre de 2014 se le hubiera comunicado a la contratista la terminación de la obra por motivos imputables a ella.*
23. *No es un comportamiento arbitrario e ilegal de los demandados pues se fundó en hechos imputados e imputables a la contratista. La contratista no estuvo dispuesta a liquidar el contrato que se había legalmente terminado.*
24. *Es una respuesta que por su fecha se halla dentro de la liquidación del contrato, etapa a la cual la parte demandante no quiso concurrir.*
25. *Es la transcripción de la cláusula del contrato.*
26. *Es rotundamente falso. El contratista no cumplió todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.*
27. *No es cierto, pues según el art. 1609 del Código Civil la parte que incumple sus obligaciones contractuales no puede obligar a su contraparte, que ha cumplido con la totalidad de sus obligaciones, a cumplir.*
28. *No es cierto pues el contrato terminó el 03 de octubre de 2014 debido a hechos imputables al contratista, lo que dio lugar a invocar la cláusula resolutoria tácita y ejercer el derecho del art. 2056 del Código Civil.*
29. *Es cierto, pero, en la subsanación de la demanda, la parte demandante desistió de la aplicación a su favor de esta cláusula.*
30. *Que se prueben, aunque la demandante dio lugar a la ruptura del contrato y es quien debe indemnizar a la contratante.*
31. *Esa es la base legal del pacto arbitral, la que no desplaza a los derechos de la parte para terminar el contrato de obra civil según el código civil colombiano, invocando la cláusula resolutoria tácita y ejercer el derecho del art. 2056 del Código Civil.*
32. *Es una opción legal de la parte.”*

### **1.5.1 Excepciones propuestas en la contestación a la demanda principal**

Fundado en los hechos descritos por los demandados en la demanda de reconvención y en las respuestas a la demanda inicial, formuló el apoderado de los convocados las siguientes excepciones de mérito, que él designó como:

1. *La excepción de contrato no cumplido por la parte demandante (art. 1609 Código Civil)*
2. *La no exigibilidad a los demandados de lo pactado, según el art. 1609 del Código Civil.*

3. La terminación legítima del contrato de obra material por los demandados porque “no se ejecutó lo convenido”, “en los términos pactados por la contratista demandante”, de acuerdo con el art. 2056 del Código Civil.

4. Del pago de la obligación dineraria respecto de los siguientes conceptos: “a) PRIMER DESEMBOLSO. La suma de QUINCE MILLONES DE PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE. (\$15.000.000.00) como Anticipo inicial a la suscripción del presente Contrato; DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS. M/CTE (\$2.500.000.00) a la fecha de radicación del Proyecto en la Oficina de Planeación Municipal de Villa de Leyva y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS. M/CTE (\$2.500.000.00) a la expedición de la Licencia de Construcción por la Oficina de Planeación Municipal de Villa de Leyva. Este anticipo cubrirá los costos de la Consultoría y Estudios Técnicos complementarios del Proyecto; (...)”.

5. La excepción de pago respecto del valor total del contrato, fijado en el segundo de los contratos firmados.

6. La excepción de la indeterminación de lo ejecutado al momento de la terminación del contrato por incumplimiento del contratista.

7. La inexistencia de la obligación pretendida en la demanda inicial por la actora respecto de los demandados.

Ante la naturaleza del precio pactado en el primer contrato con los demandantes, donde los materiales para la obra eran pagados por la contratante, se tiene que, por su propia negligencia, la contratista no tiene derecho a “todos los costos” ni al valor del trabajo realizado ni a lo que hubiere podido ganar.

8. La demandante no tiene derecho a lo “que hubiere podido ganar” (art. 2056 Código Civil) pues por su propia culpa o negligencia incumplió el contrato pactado.

A pesar de ser una de las obligaciones contractuales, el contratista, por su actuar negligente, no entregó presupuesto alguno en donde se refleje el AIU. Por consiguiente, resulta imposible determinar la utilidad que esperaba ganar. Y, como es bien sabido, el contratista no se puede beneficiar de su propia culpa.

9. Todo otro hecho legalmente extintivo de obligaciones que se probare en el proceso.

## **1.6 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

### **1.6.1 Las pretensiones de la demanda de reconvencción**

La parte Convocada, por intermedio de su apoderado, en la demanda de reconvencción, solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en



la demanda de reconvención a folios 226 a 250 del Cuaderno Principal N° 1 y que continuación se transcriben:

*“Las pretensiones de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, conocidos de autos -en su condición de contratantes a términos del contrato de obra civil JLMG-VUFC-VDL-09-2013 de fecha 15 de Noviembre de 2013, con la sociedad JUAN MALDONDO JLMG LTDA identificada con NIT 900.384.836-2 - son que en el laudo se decidan, con eficacia de cosa juzgada material, las siguientes pretensiones declarativas y condenatorias, a saber:*

“

### **1. Declarativas**

- 1.1 *DECLARAR que JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, como dueños de la obra contratada a términos de los artículos 2056, 1546 y 1609 del Código Civil, actuaron debida y legalmente cuando el día tres 03 de octubre de 2014 cesaron la obra civil contratada por ellos, dado que la contratista JUAN MALDONADO JLMG LTDA., identificada con NIT. 900.384.836-2, desde antes de esa fecha ya había incumplido sus obligaciones derivadas del tenor del contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 de fecha 15 de Noviembre de 2013.*
- 1.2 *Declarar que JUAN MALDONADO JLMG LTDA., identificada con NIT. 900.384.836-2, desde antes del 03 de octubre de 2014 había incumplido las obligaciones contractuales derivadas del contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 de fecha 15 de noviembre de 2013; obligaciones que se encontraban garantizadas por la aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.*
- 1.3 *En consecuencia, que se devuelva a los inicialmente convocados, JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, de todas las pretensiones de la demanda inicial.*

*En secuela, pronunciarse sobre las siguientes pretensiones condenatorias:*

### **2. Condenatorias**

- 2.1 *Condenar a la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA., identificada con NIT. 900.384.836-2, en solidaridad con la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., identificada con NIT 890.903.407-9 de conformidad con el contrato de seguros según la Póliza de Seguros*

*de Cumplimiento a Particulares No. 1062376-3 del 13 de Mayo de 2014 a pagar los perjuicios causados a JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN como contratantes y beneficiarios, así:*

*2.1.1. Disponer en consecuencia que se paguen a JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, por concepto de perjuicios, los siguientes:*

*A. De la póliza de seguros:*

- 1) El cumplimiento, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, como se demuestre en el proceso.*
- 2) El buen manejo e inversión del anticipo, correspondiente al ciento por ciento (100%) del valor del primer desembolso del Contrato estipulado como ANTICIPO INICIAL DE OBRA destinado al inicio y avance de la construcción del Proyecto por el Término y valor que ella indique, "SEGUNDO DESEMBOLSO: DESEMBOLSOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA. Los valores de los desembolsos para inicio de obras serán entregados a}de acuerdo a la programación de obra respectiva pactando un anticipo inicial del 40% del valor presupuestado de Ejecución de Obra"*
- 3) Los intereses comerciales moratorios sobre dichas sumas desde el 03 de octubre de 2014 y hasta que se paguen efectivamente. A partir de la fecha del laudo se liquidarán intereses moratorios, también.*

*B. Daño emergente y lucro cesante*

*Disponer, en consecuencia también, que la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA., identificada con NIT 900.384.836-2 pague a JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN los siguientes conceptos:*

- 1) El pago del costo del contrato de interventoría pactado con el Ing. CAMILO ERNESTO MONTOYA CÉSPEDES en la suma establecida en el proceso.*
- 2) El pago de los arrendamientos de una casa de habitación en Villa de Leyva para JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN a partir del término máximo de duración de la construcción de la obra contratada NUEVE MESES, monto según se demuestre en el proceso.*
- 3) De las demás sumas, diferentes a las anteriores, señaladas en el dictamen pericial practicado en este proceso.*

- 4) *Los intereses comerciales moratorios sobre dichas sumas desde el 3 de octubre de 2014 y hasta que se paguen efectivamente. A partir de la fecha del laudo se liquidarán intereses moratorios, también.*

## **2.2 CONDENAS SUBSIDIARIAS**

*En subsidio, por no haberse demostrado esos daños materiales, se condenará a los demandantes, a pagar a los contrademandantes:*

- 1) *La cláusula penal según los términos de la CLÁUSULA OCTAVA del contrato aludido: “PENAL. En caso de incumplimiento de laguna de las partes, se entenderá pactada una sanción a título de cláusula Penal Pecuniaria, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato”.*
- 2) *Los intereses comerciales moratorios sobre dicha suma desde el 03 de octubre de 2014 y hasta que se paguen efectivamente. A partir de la fecha del laudo se liquidarán intereses moratorios, también.*

**2.3 CONDENAR a los demandantes y demandados en reconvención como al llamado en garantía, al pago de las costas a favor de la parte demandada. Liquidense tásense.”**

### **1.6.2 Hechos planteados en la demanda de reconvención**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN están contenidos en la demanda de reconvención a folios 226 al 250 del Cuaderno principal No. 1, hechos que en beneficio de la brevedad y sin hacer suyas tales manifestaciones, el Tribunal sintetiza así:

1. *El 15 de noviembre se celebró el contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 de fecha 15 de Noviembre de 2013.*

#### **1.1. DE LAS PARTES CONTRATANTES**

*JOSEPH LOUIS CAMACHO identificado con Pasaporte número 488373821 expedido por el Gobierno de Estados Unidos de Norte América y Cédula de Extranjería número E408230 de Bogotá y MIREYA GAITÁN identificada con la Cédula de Ciudadanía número 51.597.438 expedida en la ciudad de Bogotá, domiciliados en el Municipio de Villa de Leyva (Boyacá), quienes para los efectos del contrato se denominan EL CONTRATANTE.*

#### **1.2 EL CONTRATISTA**

## 2. LA OBRA CIVIL

**2.2. EL VALOR DEL CONTRATO** se pactó de esta manera: “El valor del contrato será el resultado de multiplicar el área total construida por el precio y/o valor pactado por m2 (metro cuadrado) **construido y acabado**.”

ÁREA SEGUNDO PISO: 85

VALOR POR m2: UN MILLÓN DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS  
CON 0/100 CTVS M/CTE (\$1.250.000.00) PO M2 PARA LA VIVIENDA  
PRINCIPAL Y ZONAS EXTERIORES.

28

VALOR POR m2: NOVECIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$900.000.00) POR M2 LA VIVIENDA DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS”.

2.3. Se lee en la “CLÁUSULA SEGUNDA” del contrato que: “El presente Contrato será ejecutado en los plazos estipulados al inicio del presente documento, para realizar la Consultoría General y la Ejecución de Obra, contados a partir de la suscripción del presente Contrato para la ejecución de la Consultoría General del Proyecto y el Plazo de Ejecución de Obra de acuerdo a los Cronogramas y firma del Acta de Inicio de obra respectiva por las partes antes mencionadas”.

2.4. Se estipuló en la “CLÁUSULA QUINTA” del contrato la forma de su pago así: “FORMA DE PAGO. EL CONTRATANTE Pagará a EL CONTRATISTA el valor de este contrato así: a) PRIMER DESEMBOLSO. La suma de QUINCE MILLONES DE PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE. (\$15.000.000.00) como Anticipo inicial a la suscripción del presente Contrato; DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS. M/CTE (\$2.500.000.00) a la fecha de radicación del Proyecto en la Oficina de Planeación Municipal de Villa de Leyva y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS. M/CTE (\$2.500.000.00) a la expedición de la Licencia de Construcción por la Oficina de Planeación Municipal de Villa de Leyva. Este anticipo cubrirá los costos de la Consultoría y Estudios Técnicos complementarios del Proyecto”.

2.4.1. Este pago se efectuó por los contratantes.

2.4.2. “b) SEGUNDO DESEMBOLSO: DESEMBOLSOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA. Los valores de los desembolsos para inicio de obras serán entregados de acuerdo a la programación de obra respectiva pactando un anticipo inicial del 40% del valor presupuestado de ejecución de Obra. Este desembolso del Anticipo se realizará en varios pagos de acuerdo a los trámites respectivos realizados por EL CONTRATANTE para el movimiento del Dinero destinado a este Proyecto. Los impuestos, retenciones y tasas de cambio respectivas que se generen y manejen en los cambios de moneda extranjera serán asumidos por EL CONTRATANTE, sea así que se entregará a EL CONTRATISTA el valor exacto del Contrato libre de impuestos así cómo si se realizan transacciones en moneda extranjera se abonará a los recursos de la obra el valor del capital cambiado a la moneda nacional según la tasa de cambio existente en ese momento de la transacción.”

2.4.2.1. *Estos dineros le fueron entregados al contratista oportunamente como se acredita con la prueba documental adjunta.*

2.4.3. *“c) TERCER DESEMBOLSO. DESEMBOLSO PROGRAMADOS: los desembolsos programados se realizarán de acuerdo al avance y verificación de las obras ejecutadas. Las obras adicionales no presupuestadas si se generan en el transcurso del desarrollo de la obra serán pagadas como Ítems nuevos y se pagarán de acuerdo al precio aprobado por las dos partes que intervienen en el presente Contrato”.*

2.4.3.1. *NO hubo actas de avance de obras, ni programación de obra, ni el Flujo de caja realizado para la ejecución de este Proyecto, conocidos por la contratante.*

2.5. *“d) PAGO FINAL: Equivalente al 5% del valor del Contrato a la entrega de las obras y previo recibo a satisfacción de EL CONTRATANTE, así mismo se suscribirán las correspondientes Actas de Terminación y Liquidación del Contrato. Los porcentajes estipulados en el presente Contrato son basados en los valores en pesos del Presupuesto, la Programación de obra y el Flujo de caja realizados para la ejecución de este Proyecto.”*

2.6.1. *En el año 2014 se firmó “a los quince (15) (sic) días del mes de noviembre de 2013”. El otro documento en el que se estipuló y precisó que el valor del contrato sería: “VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA PRINCIPAL: El valor de este Contrato es de \$186.500.000.00 (Ciento ochenta y seis millones quinientos mil pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”, “VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: El valor de este Contrato es de \$35.000.000.00 (Treinta y cinco millones de pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”. “VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: El valor de este Contrato es de \$35.000.000.00 (Treinta y cinco millones de pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”. Con fundamento en ese escrito se les entregó a los contratantes las garantías del contrato expedidas por una empresa de seguros.*

## **2.7. DEL DESARROLLO DEL CONTRATO**

### **2.7.1. DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA**

*2.7.1.1. De conformidad con el contrato de obra ya citado, la contratista asumió las obligaciones contempladas en los folios 234 al 237 del cuaderno principal No. 1.*

*2.7.1.2. Aparece que comenzaron las obras en el acta de inicio de fecha 10 de abril de 2014, pero no se presentaron actas posteriores como avances parciales de obra.*

*2.7.2. Del informe rendido al contratante Ing. Camilo Ernesto Montoya Céspedes, se constatan los incumplimientos totales y parciales de las obligaciones de la Contratista en los folios 237 al 242 del Cuaderno Principal No. 1.*

*2.8. Se establece que NO hay cronograma inicial de la obra, ni presupuesto inicial de la obra; ni el “Presupuesto, la programación de obra y el Flujo de caja realizados para la ejecución de este proyecto” como dice la cláusula quinta del contrato, los que nunca se entregaron. El presupuesto de cantidades y valores unitarios iniciales tampoco fue suministrado; que no hay actas de entregas parciales de obra; que no hay afiliaciones de personal contratado; que no hubo pagos a proveedores y trabajadores.*

*2.81. No se supo por mis representados cómo se invirtieron las sumas entregadas para la obra, qué cantidad de materiales se habían adquirido, cuáles se habían utilizado, qué saldo existía, qué proyección de nuevas adquisiciones se tendrían previstas; y tampoco se informó sobre el cumplimiento de las demás obligaciones asumidas por la contratista.*

*2.8.2. Para el día 3 de octubre de 2014 al no poseer presupuesto inicial, resultó imposible de determinar el avance porcentual de la obra a dicha fecha. Así mismo, no se había recibido por parte del contratista, actas de avance de obra, memorias de cantidades ejecutadas, ni facturas de los pagos abonados al mismo.*

*2.8.3. La contratista no concurrió a la liquidación del contrato como se señaló en el documento del 3 de octubre de 2014, aunque se les esperó para la reunión como reza el informe de interventoría.*

*2.8.4. No se tienen documentos para verificar concretamente en cifras es estado y avance de la obra el día 3 de octubre de 2014, ni se designaron terceros para establecerlo.*

## 2.9. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

*Se demuestra el incumplimiento de la contratista con los términos del contrato de obra motivo de esta demanda, con la carta del 03 de octubre de 2014 y sus documentos anexos.”*

### 1.6.3 Excepciones a la demanda de reconvención

El apoderado de la parte convocante (convocada en reconvención) formuló las siguientes excepciones de mérito:

#### 1. Inexistencia de los derechos reclamados.

Considera que la resolución del contrato por incumplimiento solo puede invocarla el contratante que ha ejecutado las obligaciones de su cargo o se ha allanado a cumplirlas y que es un despropósito que la parte que no cumplió las prestaciones asumidas en el contrato debatido pida la aniquilación del negocio jurídico pretextando el incumplimiento de la contraparte.

#### 2. Contrato no cumplido.

Alega que prescribe al artículo 1609 del Código Civil: “Art. 1609.- *En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*” Y adicionalmente considera que JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN no cumplieron sus obligaciones contractuales, ni se allanaron a cumplirlas.

## 1.7 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

### 1.7.1 Hechos planteados en el llamamiento en garantía

Los fundamentos fácticos del llamamiento en garantía de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. por JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN están contenidos en el escrito de llamamiento en garantía a folios 252 al 257 del Cuaderno principal No. 1, hechos que en beneficio de la brevedad y sin hacer suyas tales manifestaciones, el Tribunal sintetiza así:

*1. JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, acá demandados suscribieron contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 de fecha 15 de noviembre*



de 2013 con la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA sociedad legalmente constituida identificada con el NIT 900.384.836-2, para la realización del siguiente objeto: “El contratista se obliga a ejecutar para el contratante los diseños arquitectónicos, diseños complementarios, estudios técnicos, obtención de la licencia de construcción y ejecución de obra para la construcción de una vivienda de tipo unifamiliar campestre altura dos (2) pisos más obras exteriores y una (1) casa de servicios complementarios, altura de un (1) piso, localizada en la vereda El Roble del Municipio de Villa de Leyva (Boyacá), de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y de materiales diseñados en la consultoría general del proyecto”.

2. En este documento se fijó el valor del contrato de la siguiente manera: “El valor del contrato sería el resultado de multiplicar el área total construida por el precio y/o valor pactado por metro cuadrado construido y acabado. **“VIVIENDA PRINCIPAL: ÁREA PRIMER PISO: 170 m2. AREA SEGUNDO PISO: 85 m2. Area dura: 102 m2. VALOR POR m2: UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$1.250.000.00) POR M2 PARA LA VIVIENDA PRINCIPAL Y ZONAS EXTERIORES. VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: AREA: 60 m2. VALOR POR m2: NOVECIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$900.000.00) POR M2 PARA LA VIVIENDA DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS”**

3. Luego, en el año 2014, se firmó otro documento, fechado “a los quince (15) (sic) días del mes de noviembre de 2013”, mediante el cual se modificaba el valor del contrato. Luego de dicha modificación, los valores señalados en el segundo hecho se fijaron así:

“VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA PRINCIPAL: El valor de este Contrato es de \$186.500.000.00 (Ciento ochenta y seis millones quinientos mil pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”

“VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: El valor de este Contrato es de \$35.000.000.00 (Treinta y cinco millones de pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”.

4. El contrato inicial estipulaba en materia de garantías lo siguiente: “CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: AMPAROS. EL CONTRATISTA deberá obtener de una Compañía de Seguros legalmente establecida en Colombia y autorizada previamente por EL CONTRATANTE las siguientes pólizas:

1. Cumplimiento
2. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales
3. Estabilidad de la obra

4. Buen manejo e inversión del anticipo
5. Responsabilidad civil extracontractual

5. Con los valores del segundo documento les fue entregada a mis poderdantes, siendo contratantes del contrato No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013, la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Particulares No. 1062376-2 del 13 de mayo de 2014, expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

6. El día 3 de octubre de 2014 los contratantes le enviaron a la contratista una comunicación en la cual se le señalaba que habían procedido a cancelar unos salarios adeudados a los trabajadores contratados por la sociedad contratista, y que algunos proveedores habían cobrado los incumplimientos atribuibles a la sociedad contratista. Con fundamento en dichos hechos, los contratantes determinaron la terminación del contrato de obra, le dieron instrucciones al contratista sobre a quién debían hacerle entrega de la obra y le citaron a una reunión para efectuar la liquidación del contrato.

7. Una copia del escrito fechado el 3 de octubre de 2014 y de sus anexos, se le envió a la aseguradora dando noticia del suceso para reclamar las garantías, lo cual sucedió el día 23 de octubre de 2014.

8. El día 12 de noviembre de 2014, nuevamente, mis representados se dirigieron a la Compañía de Seguros con el documento que reza:

“Les hemos remitido varios documentos relacionados con la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Particulares como se relaciona en la referencia, que nos fue entregada como garantía del contrato No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013, del cual fuimos sus contratantes. Tales documentos son: Carta de octubre 22 de 2014, Carta de noviembre 1 de 2014 y Carta de noviembre 5 de 2014.

9. Luego de varios intentos de los beneficiarios, en el año 2015, la Compañía de Seguros les comunicó la designación de la Sociedad JC LURDURY ASOCIADOS S.A.S. para que actuara como ajustadora.

10. Por manera que hallándose vigentes los amparos y garantías asumidas por la sociedad aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. ante los incumplimientos de la sociedad contratista ya reportados, los ahora demandados tienen un derecho legal, vigente, para exigir como lo han venido intentando directamente de la aseguradora que ésta, como tercero garante, responda por la indemnización del perjuicio sufrido por mis representados.

### **1.7.2 Petición planteada en el llamamiento en garantía**

Los demandantes en reconvención, inicialmente demandados, esperan que en el laudo se ordene el pago de los amparos contractuales pactados por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a favor de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN según la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Particulares No. 1062376-3 del 13 de mayo de 2014, expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., para garantizarles los rubros especificaciones en la póliza, y en la forma que contempla la demanda de reconvención.

### **1.7.3 Contestación al llamamiento en garantía**

El apoderado de la llamada en garantía contestó el llamamiento, se opuso a todas las pretensiones y presentó las siguientes excepciones:

*“1. Improcedencia del llamamiento en garantía – inexistencia de obligación a cargo de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. en el marco del llamamiento en garantía efectuado por los Srs. Camacho y Gaitán:*

*De este modo, tenemos que con base en la legislación aplicable, existen dos supuestos en los cuales, resultará procedente el llamamiento en garantía, ello es, i) que el llamante tenga derecho legal o contractual a exigir del llamado la indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia de la sentencia, o ii) que el llamante tenga derecho legal o contractual a exigir del llamado el reembolso total o parcial del pago que tuviese que realizar como consecuencia de la sentencia.*

*En los anteriores términos, palmario resulta concluir que, un requisito “sine qua non” para la procedencia del llamamiento, lo constituye la existencia de un derecho legal o contractual en virtud del cual, el llamante pueda exigir del llamado la indemnización o el reembolso de los perjuicios ocasionados en atención a una eventual condena contraria a sus intereses.*

*Una vez aclarada la naturaleza del llamamiento en garantía y los supuestos de procedencia del mismo, resulta menester señalar que, en el presente caso, el llamamiento realizado se fundamenta en el vínculo contractual existente entre SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y los demandados, que a su vez cuentan con la condición de demandantes en reconvención, en atención al contrato de seguro suscrito entre mi representada y la sociedad JUAN MALDONADO JMLG LTDA., en virtud del*

*cual, se expidió la Póliza de seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 1062376-3, en la que figura como beneficiario y asegurado el señor JOSEPH LOUIS CAMACHO.*

*El afianzado o contratista garantizado en el contrato de seguro que nos ocupa es la sociedad JUAN MALDONADO JMLG LTDA. Por tanto, la obligación contractual de mi defendida, no se extiende a eventuales condenas impuestas en contra del llamante en garantía en el marco del presente proceso, pues si bien, el señor JOSEPH LOUIS CAMACHO ostenta la condición de beneficiario y asegurado de la póliza, la responsabilidad contractual del mismo por el posible incumplimiento del contrato, no es lo que encuentra amparado por la póliza de cumplimiento.*

*Dicho en otras palabras, no estamos frente a un seguro que ampare la responsabilidad patrimonial del Sr. JOSEPH LOUIS CAMACHO o la Sra. MIREYA GAITÁN frente a los perjuicios que estos le hubieran causado a JUAN MALDONADO JLMG LTDA.*

*2. Falta de legitimación en la causa de los señores Joseph Louis Camacho y Mireya Gaitán para llamar en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A.*

*Resulta menester reiterar que, en el presente caso, el llamamiento se fundamenta en el vínculo contractual existente entre SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y el demandado y demandante en reconvención, en atención al contrato de seguro suscrito entre mi representada y la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA..*

*Como primera medida, el Honorable Tribunal encontrará que dentro de la póliza de seguro que nos ocupa NO figura como asegurada o beneficiaria la Sra. Mireya Gaitán.*

*En estos términos el CONTRATANTE (asegurado – beneficiario en la póliza) estaría legitimado para interponer una acción directa en contra de mi representada con base en el contrato de seguro, mas no, para llamar en garantía a la Compañía aseguradora, en tanto la afianzada mediante la póliza de cumplimiento es única y exclusivamente la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA.*

*De este modo y teniendo en cuenta que, la vinculación como garante de mi representada, no se encaja en ninguno de los supuestos previstos en la norma, aunado a lo cual, el Seguro de Cumplimiento del cual es beneficiario*

*el llamante, no ampara las eventuales condenas impuestas en contra del mismo, los llamantes en garantía carecen de legitimación sustantiva en la causa, para vincular a mi representada como garante en el presente proceso.*

*3. Nulidad relativa del contrato de seguro contenido en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de particulares no. 1062376 – 3 por declaración inexacta o reticente del tomador y el asegurado.*

*El artículo 1058 del C.Co., referente a la declaración del tomador sobre el estado del riesgo, señala:*

*“El tomador ésta obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.(...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original.)*

*En armonía con lo anotado, debo traer a colación la información y documentación suministrada a la Compañía Aseguradora por las partes del contrato de seguro, al momento de expedición de la póliza No. 1062376-3, específicamente el contrato No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013 y el Otrosí de fecha 6 de marzo de 2014, en tanto, el contrato suministrado por las partes negociales y los valores allí establecidos, no corresponden con la realidad, tal como se constata en los siguientes hechos:*

*Los llamantes en garantía y demandantes en reconvención, aportan copia de DOS CONTRATOS DISTINTOS al expediente que nos ocupa, identificados con el mismo número y con idéntica fecha, en los cuales se establecen valores del contrato amparado sustancialmente diferentes como lo puede constatar el Tribunal.*

*En la respuesta al hecho 2º del escrito de demanda, los llamantes en garantía señalan:*

*“En el primero de los documentos citados se había pactado esa forma de pago determinable, y, como lo hemos dicho, en el segundo contrato suscrito, para la expedición de las pólizas, se precisó que: “a los quince (16) (sic) días del mes de Noviembre del año 2013”. El otro documento en el que se estipuló y precisó que el valor del contrato sería: “VALOR DEL CONTRATO*

*VIVIENDA PRINCIPAL: El valor de este Contrato es de \$186.500.00.00 (Ciento ochenta y seis millones quinientos mil pesos con 0/100 ctvs. m/cte.)”, “ VALOR DEL CONTRATO VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: El valor de este Contrato es de \$35´000.000 (Treinta y cinco millones de pesos con 0/100ctvs. m/cte.)”*

*Así fue que con los valores del segundo documento, les fue entregada a mis poderdantes, en su calidad de contratantes, la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Particulares No. 1062376-3 del 13 de mayo de 2014 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., para garantizarles los rubros especificados en la póliza.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original.)*

*En el informe final de interventoría de fecha noviembre de 2014, elaborado por el ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CESPEDES, a solicitud de los llamantes en garantía, se señala:*

*“Es de aclarar que contractualmente el precio pactado era a precio global fijo, de un millón doscientos cincuenta mil pesos m/cte (\$1´250.000), y que se cancelaría una vez ejecutada la totalidad (terminación) del área pactada, eso quiere decir que dicha área debería estar totalmente terminada incluyendo los acabados.*

*Los amparos del contrato son los que se discriminan a continuación: (...)*

*Cabe mencionar que dichos amparos fueron basados en un contrato modificado, con menor valor total, dicho valor es de ciento ochenta y seis millones quinientos mil pesos m/cte. (\$186´500.000).”(Subrayado y negrilla fuera del texto original.)*

*En el balance de obra ejecutada, realizado en la interventoría de fecha noviembre de 2014, elaborada por el ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CESPEDES a solicitud de los llamantes en garantía, se señala como valor total de la obra ejecutada (por el contratista) la suma de ciento ochenta y nueve millones ciento cincuenta y nueve mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos (189.159.494 COP), valor que coincide con los montos acordados en el contrato inicial, no suministrado a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y a los anticipos efectuados por el contratante.*

*En conclusión, tenemos que, las partes tal cual lo confiesen en el propio escrito de contestación a la demanda, elaboraron un segundo contrato con igual número y fecha, única y exclusivamente para efectos de presentarlo a la Compañía Aseguradora, contrato que por lo demás, no estaba*

*acompañada con la realidad de la ejecución del negocio jurídico, en el cual, se aplicó el contrato del mismo número y fecha aportado por los llamantes en garantía y desconocido por mi representada, el cual, tenía como único fin, la expedición de una póliza en unas condiciones menos onerosas, generando un claro vicio en el consentimiento de mí mandante y concomitantemente, un perjuicio económico para SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., la cual, no habría suscrito el contrato de seguro o lo habría hecho en condiciones más onerosas.*

*Así las cosas, si la llamada en garantía hubiera tenido oportuno conocimiento del contrato y las condiciones reales acordadas y ejecutadas por las partes, se habría retraído de celebrar el contrato de seguro o lo habría hecho en condiciones más onerosas (resulta evidente que ante un contrato que tenía un mayor valor y que, por ende habría exigido valores asegurados superiores el valor de la prima de seguro sería mayor).*

*Por lo anteriormente expuesto, es claro que el contrato de seguros que nos ocupa está viciado de nulidad relativa, por cuanto las partes negociales (tomador y asegurado en la póliza), como ellas mismas lo manifiestan y confiesan, se pusieron de acuerdo para firmar un segundo contrato, ficticio por lo demás, en el cual, se establecen unas cláusulas diferentes y unos valores inferiores a aquellos realmente acordados por las partes y en atención a los cuales se desarrolló el negocio jurídico. Defraudando con ello, la ubérrima buena fe que rodea el contrato de seguro y viciando de nulidad el mismo.*

*Resulta fundamental poner de presente al Despacho que, la sanción al contrato de seguro prevista en el artículo 1058 del Código de Comercio, se genera por el solo hecho de la reticencia o inexactitud sobre hechos o circunstancias determinantes del consentimiento de la compañía aseguradora, para efectos de celebrar el contrato de seguro o hacerlo en condiciones más onerosas, con independencia de la causa que haya dado lugar al siniestro.*

*Por esta razón, respetuosamente solicito al Tribunal desestimar las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía, y declarar la nulidad relativa del contrato de seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 1062376-3.*

*4. Inexistencia de obligación por terminación del contrato de seguro ante la falta de notificación de circunstancias constitutivas de agravación del estado del riesgo.*

*El artículo 1060 del C.CO., referente a la conservación del estado del riesgo y a la notificación de cambios en el marco del contrato de seguro, señala:*

*“El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*

*(...) La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.”*

*En el presente caso y sin perjuicio del hecho que tomador y beneficiario(asegurado) hubiesen suscrito un contrato, única y exclusivamente para efectos de hacer menos oneroso el valor de la prima estipulado en la póliza de cumplimiento, al reducir valores y modificar condiciones en relación con el contrato realmente ejecutado, resulta patente, la agravación del estado del riesgo asegurado en el marco del seguro de cumplimiento, entre otras, en atención a las modificaciones introducidas al contrato No. JLMG-VUMG-VDL-092013 y no notificadas a la Compañía Aseguradora que apodero, entre las cuales, vale resaltar:*

*Las áreas realmente intervenidas en la obra, no coinciden con lo contratado, tal cual, se evidencia en las actividades desarrolladas y ejecutadas, entre otras, en el área del sótano.*

*El contratante, realizó varios pagos al contratista, por transferencia bancaria y en efectivo, incumpliendo la forma y tiempos pactados contractualmente y con base en los cuales, la Compañía aseguradora amparó el riesgo derivado del posible incumplimiento del contrato por parte de la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA.*

*El contratante pagó al contratista, proporcionalmente a la ejecución del contrato, un valor sustancialmente mayor al contratado y amparado por la Compañía Aseguradora.*

*Las modificaciones dadas al contrato en la forma de pago, valor final del contrato y áreas a intervenir no fueron informadas a la aseguradora*



*conforme lo ordena el artículo 1060 del C.Co., tratándose de situaciones que dependían de la voluntad del tomador y asegurado.*

*Resulta evidente que, las modificaciones efectuadas al contrato amparado por la Póliza de Seguro de Cumplimiento expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., agravaron el estado del riesgo y de haberse conocido por parte de La Aseguradora, dicha situación habría derivado en la revocación del contrato o en el reajuste del valor de la prima.*

*Al respecto, tenemos que, si bien mi representada asumió el riesgo derivado del cumplimiento del contrato de obra No. JLMG-VUMG-VDL-09-2013 (se reitera sobre la base de un contrato fabricado por las partes al margen del verdadero), esta, desconocía plenamente que realmente se hubiese ejecutado otro contrato o que se hubiesen efectuado modificaciones sustanciales al mismo, las cuales, modificaron de manera SUSTANCIAL Y EVIDENTE las reglas de gobierno y economía de la relación contractual.*

##### *5. Ausencia de siniestro imputable al contratista.*

*El artículo 1609 del Código Civil, señala en relación con la excepción de contrato no cumplido:*

*“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*

*Al respecto, encontramos que, tal cual, se colige del escrito de contestación a la demanda, demanda de reconvenición y demás documentos allegados al proceso, el llamante en garantía, habría incumplido diversas cláusulas del contrato de obra, entre otras, las referentes a forma de pago, tiempos de pago y ordenes al personal de la obra, en tal sentido, al haber incumplido con sus obligaciones contractuales, el supuesto incumplimiento del contratista no constituye al mismo en mora.*

*Así mismo, el artículo 1546, referente a la condición resolutoria tácita, dispone:*

*“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

*Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”*

*Del precitado artículo, se colige que el legislador, previó la acción resolutoria en favor de la parte que habiendo cumplido con sus obligaciones contractuales, ve insatisfecho su derecho por el incumplimiento de la otra, en tal caso, la misma, podrá exigir que se declare por parte de la autoridad competente la resolución o el cumplimiento con indemnización del contrato; en estos términos se ha manifestado la Corte Constitucional, la cual, mediante sentencia C-924 de 2007,*

*Ante la ausencia de un incumplimiento imputable al afianzado – contratista garantizado, quien antes por el contrario afirma el incumplimiento de su contratante, estamos igualmente ante una situación en la que NO es posible hablar de siniestro en los términos del artículo 1077 del C.Co.*

*6. Ausencia de cobertura y de siniestro en el presente asunto con base en la póliza citada por los llamantes, por ende, ausencia de obligación a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A.*

*El contrato de seguro celebrado entre JUAN MALDONADO JLMG LTDA. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. por medio de la póliza de cumplimiento No. 1062376-3, tenía por objeto, amparar el riesgo generado por eventuales incumplimientos, como consecuencia de la ejecución del contrato de obra civil No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013, para los periodos de tiempo allí señalados, riesgos amparados, hasta el valor de las sumas aseguradas y bajo las condiciones particulares y generales del contrato de seguro.*

*Al respecto, debo señalar que, resulta un contrasentido, pretender se ampare el pago de eventuales perjuicios, bajo los siguientes supuestos:*

*Las partes fueron reticentes al momento de informar el valor real del contrato, lo cual, se evidencia al existir dos tipos de valores para la vivienda principal y complementaria, uno el informado a la Compañía Aseguradora y con base en el cual se fijaron los montos asegurados y el valor de la póliza, y otro el valor real, según se desprende de las comunicaciones cruzadas entre las partes del contrato y de la ecuación valor pagado – porcentaje de ejecución de la obra.*

*Las áreas intervenidas en la obra, no coinciden con lo contratado, tal cual, se evidencia en las actividades desarrolladas y ejecutadas, entre otras, en el área del sótano.*

*El contratante, realizó varios pagos al contratista, por transferencia bancaria y en efectivo, incumpliendo la forma y tiempos pactados contractualmente y con base en los cuales, la Compañía aseguradora avaló el riesgo derivado del posible incumplimiento del contrato por parte de la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA.*

*El contratante pagó al contratista un valor sustancialmente mayor al contratado (según el contrato aportado a la aseguradora) que dio lugar a la expedición de la póliza por parte de la Compañía Aseguradora.*

*Las modificaciones dadas al contrato en la forma de pago, valor final del contrato y áreas a intervenir no fueron informadas a la aseguradora.*

*Dentro de la sección segunda de las condiciones generales del seguro de cumplimiento a favor de particulares, se señala en el numeral 15), que en ningún caso están cubiertos los perjuicios generados o resultantes de “modificaciones unilaterales no avisadas a la Compañía de Seguros.”*

*El valor de la obra ejecutada es superior al valor del contrato informado a la aseguradora, tal como se desprende de los informes del interventor y del ajustador de seguros.*

*En consecuencia, tenemos que, ninguna de las partes del contrato de seguro, comunicó a la aseguradora, las modificaciones bilaterales que hicieron al contrato, las cuales, habrían derivado en el supuesto incumplimiento del contratista, en tal sentido, los eventuales perjuicios que hubiese sufrido el contratante, no estaban cubiertos por la póliza de cumplimiento a favor de particulares.*

*7. Ausencia de solidaridad. La obligación del asegurador no es solidaria con el asegurado, sino sometida a los límites y condiciones previstos en el contrato de seguro respectivo.*

*El asegurador no es deudor solidario con su asegurado, sino que responde dentro de los amparos, exclusiones y condiciones propias del contrato de seguro respectivo.*

*8. Inexistencia de los presuntos perjuicios o tasación excesiva de los mismos:*

*En el presente caso, en el hipotético y remoto evento de que hubiere algún perjuicio, en virtud del cual SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. se viera llamada a responder (siempre que se desecharan los argumentos expuestos sobre la ineficacia o terminación de la póliza), estamos frente a la inexistencia de todos o al menos, varios de los presuntos perjuicios alegados en la demanda o subsidiariamente de una tasación excesiva e injustificada de los mismos.*

*En tal sentido, debo señalar que, la solicitud de reconocimiento del valor asegurado por concepto de “BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO”, carece de cualquier sustento factico, al respecto es de anotar que, la sección I, numeral 2) de las condiciones generales del Seguro de Cumplimiento a Favor de Particulares, señalan:*

*“2. AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN. Este amparo cubre a la entidad contratante contra el daño emergente derivado del uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan anticipado para la ejecución del contrato, así como su adecuada utilización en las obras objeto de este seguro.*

*SURAMERICANA entenderá que existe uso o apropiación indebida cuando los dineros o bienes no se hayan utilizado en la ejecución del contrato. (...)”*

*De este modo y de la documental obrante en el proceso, se colige que, los dineros pagados como anticipo al contratista, en efecto fueron invertidos en la ejecución de la obra contratada y no se evidencia elemento probatorio o factico alguno que permita concluir que dichos montos hubiesen sido apropiados por el contratista o usados indebidamente, en tal sentido, carece de cualquier sustento factico o jurídico la indemnización pretendida.*

*En relación, con la indemnización pretendida en atención al amparo de “CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO”, señala la sección I, numeral 3) de las condiciones generales del mentado seguro que:*

*“3. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. Este amparo cubre a la entidad contratante contra el daño emergente derivado del incumplimiento, imputable al contratista, de las obligaciones emanadas del contrato amparado.”*

*Al respecto resulta relevante anotar que, para efectos de la procedencia de la indemnización en razón al amparo de cumplimiento del contrato de obra,*

resulta menester acreditar por parte del asegurado o beneficiario 3 supuestos, i) el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato amparado, ii) que dicho incumplimiento le es imputable al contratista y iii) que de este se hayan derivado perjuicios patrimoniales por concepto de daño emergente al contratista.

Lo cierto en el presente caso, es que, la ejecución del contrato se interrumpió sin declaratoria judicial, de manera unilateral por parte del llamante, aunado a lo cual, se evidencia que durante la ejecución del contrato se habría incumplido por ambas partes sus obligaciones como contratante y contratista, en tal sentido, no se encuentra acreditado el incumplimiento del contrato de obra amparado imputable al contratista.

En lo que atañe al amparo denominado, “PAGO DE SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES”, señala la sección I, numeral 4) de las condiciones generales de la póliza de seguro:

“4. AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES. Este amparo cubre a la entidad contratante contra el daño emergente originado en el incumplimiento de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, relacionadas con el personal utilizado para la ejecución del contrato amparado bajo esta póliza.”

Sea lo primero, anotar que, en el presente caso, para efectos de determinar el supuesto incumplimiento de obligaciones laborales, se requiere acreditar la declaratoria judicial del mismo, por parte de la jurisdicción ordinaria laboral, para lo cual, resulta menester el inicio de un proceso ordinario por parte de los supuestos trabajadores del contratista.

Para los efectos del presente aparte, debemos anotar que, los perjuicios eventuales y remotos a los cuales hace referencia el contratante, solo podrían darse por la vía de la declaratoria judicial de solidaridad con respecto a las obligaciones laborales del contratista, para lo cual, los trabajadores demandantes, tendrían que acreditar que las labores ejecutadas por JUAN MALDONADO JLMG LTDA. no eran extrañas a las actividades del giro ordinario de los negocios de los contratantes, supuesto que, no sería jurídicamente posible de acreditar, al no tratarse de una empresa, sino de una persona natural que no ostenta la calidad de comerciante y que siquiera estaba ejecutando actos de comercio.

9. Compensación:

*En el presente caso no puede desconocerse que es justamente la sociedad contratista JUAN MALDONADO JLMG LDA. La que vía demanda inicial reclama unos perjuicios de sus contratantes. En el evento en que tal demanda prospere y los contratantes deban pagar alguna suma a favor del afianzado – contratista, ruego se de aplicación en desarrollo de las normas pertinentes del Código Civil Colombiano y el condicionado general de la póliza de seguro, aplicación a la figura de la COMPENSACIÓN.*

*10. Sujeción a las condiciones y límites de la póliza de cumplimiento a favor de particulares No. 1062376-3.*

*En el evento de una hipotética y remota condena a la Aseguradora que represento dentro de este proceso, ruego se respeten las condiciones y límites acordados en la póliza de seguro que nos ocupa, de las cuales destaco:*

*Definición de los amparos*

*Límite de valor asegurado*

*Exclusiones*

*11. Excepción genérica:*

*Se propone para que se de aplicación a lo previsto en el inciso 1 del artículo 306 del C.P.C., en concordancia con el inciso 1 del artículo 282 del Código General del Proceso.”*

## **1.8 PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS**

El Tribunal considera útil, para el sustento de la decisión, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en Auto No. 17 del 17 de agosto de 2016 (Acta No. 11, folios 542 al 584 del Cuaderno Principal No. 1).

### **1.8.1 Pruebas documentales**

Se les concederá el mérito legal a cada una de las pruebas documentales que se encuentran incorporadas en el expediente.

Las pruebas documentales que se encuentran en el expediente fueron aportadas de la siguiente forma:

Por la convocante con la demanda principal y con la contestación a la demanda de reconvención.

Por su parte la convocada adjuntó las pruebas documentales con la contestación de la demanda principal y con la demanda de reconvención.

El llamado en garantía adjuntó las pruebas con la contestación al llamamiento en garantía.

Respecto de los documentos aportados ellos se valorarán en la medida de lo que incorporan, advirtiéndose igualmente que, aquellos cuyos contenidos sean desconocidos por el litigante contra quien se aportan, deberán ser corroborados por el aportante mediante el uso de medio probatorio adicional idóneo para sus contenidos y/o sus objeciones, sin perjuicio de la opción de tacha de falsedad por parte de quien no coincida con sus contenidos.

### **1.8.2 Interrogatorios de parte**

Los interrogatorios de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN fueron decretados mediante Auto No. 17 del 17 de agosto de 2016, los cuales se recibieron el 12 de septiembre de 2016, con intervención de la Señora ELSA JARAMILLO SCHLOSS en su calidad de traductora del idioma inglés, quien tradujo las preguntas formuladas al Sr. Camacho y las respuestas dadas por éste. La mencionada traductora fue nombrada mediante Auto No. 20 del 5 de septiembre de 2016, obrante a Folio 596 del Cuaderno Principal No. 1.

El interrogatorio de JUAN PABLO MALDONADO fue decretado de oficio mediante Auto No. 17 del 17 de agosto de 2016, el cual se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2016.

### **1.8.3 Testimonios**

#### **1.8.3.1 Testimonios practicados**

En la audiencia del 30 de agosto de 2016 se recibieron los testimonios de MARCOS JAVIER POSADA FAJARDO, PEDRO ANTONIO VARGAS GARCÍA y CAMILO ERNESTO MONTOYA CÉSPEDES cuyas declaraciones fueron

debidamente grabadas y transcritas. (Acta No. 12, folios 588 al 592 del Cuaderno principal No. 1).

En la audiencia del 5 de septiembre de 2016 se recibió el testimonio de JORGE ANIBAL CASTELLANOS HERNÁNDEZ y ROBERTO JOSÉ MORA MARTÍNEZ cuyas declaraciones fueron debidamente grabadas y transcritas. (Acta No. 13, folio 593 al 597 del Cuaderno principal No. 1)

Ninguno de los testigos que rindieron su testimonio como se relaciona fue objeto de tacha por ninguna de las partes, esto sin perjuicio de la obligación del Tribunal de apreciar los testimonios conforme las reglas procesales aplicables.

#### **1.8.3.2. Testimonios no practicados**

El Testimonio del Señor Luis Mantilla no pudo ser realizado por cuanto el testigo no se presentó para la declaración en la fecha ordenada, nunca presentó excusa para ser citado nuevamente y la parte solicitante de la prueba no adelantó actuación alguna para lograr su recepción.

#### **1.8.3.3. Testimonios desistidos**

El 5 de septiembre de 2016, mediante Auto No. 20 se aceptó el desistimiento realizado por el apoderado de la llamada en garantía respecto de su solicitud de recepción de los testimonios de MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ y ANA VICTORIA LOAIZA.

El 26 de septiembre de 2016, mediante Auto No. 23 se aceptó igualmente el desistimiento realizado por el mismo apoderado de la llamada en garantía, respecto del testimonio de JUAN CARLOS LORDUY.

#### **1.8.4. Exhibición de documentos**

Mediante Auto No. 20 del 5 de septiembre de 2016 se decretó de oficio la exhibición de los libros de contabilidad y registros contables donde aparezcan los ingresos y egresos con sus soportes que guarden relación con la obra objeto del presente trámite, por parte de la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA.

La diligencia se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2016 y se incorporaron al expediente copias de los referidos documentos exhibidos.

### **1.9 Alegatos de conclusión**



En la audiencia celebrada el 17 de noviembre de 2016 los apoderados de las partes presentaron al Tribunal de manera oral sus respectivos alegatos de conclusión y la parte convocante y convocada presentaron un resumen escrito de los mismos (Acta N° 17, folios 9 al 11 del Cuaderno principal No 2), los cuales obran en el expediente.

El Tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos y su resultado se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales llega en relación con los puntos objeto de este proceso, y que en este laudo más adelante deja consignadas.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS PRESUPUESTOS PROCESALES**

Sin perjuicio de lo anotado antes sobre este mismo tópico, considera el tribunal pertinente puntualizar como, de acuerdo con la denominada Teoría De Los Presupuestos Procesales se sostiene que, para lograr una sentencia de cualquier contenido, ya sea favorable o desfavorable, es necesario que se den por parte de los interesados en el litigio una serie de requisitos, que deberán ser examinadas previamente por parte del Juez, para establecer la condicionalidad de lo solicitado. La doctrina ha advertido que tales requisitos constituirían condiciones previas al nacimiento de toda relación procesal, y por ella los denominó presupuestos procesales, cuyo concepto fue admitido por la doctrina alemana y difundido ampliamente en Italia por Chiovenda, y aceptado posteriormente por la mayoría de los tratadistas y se fundamenta en la siguiente:

a) No basta la interposición de la demanda, siendo también impretermitible la concurrencia de ciertos requisitos para que la relación procesal sea válida: La sola presencia de las partes no sería suficiente para generarla si carecieren de actitud para actuar en juicio o si faltare en el juez la actitud para conocer del mismo. Tales requisitos no afectan a la acción, ya que su ausencia sólo impide la constitución de la relación procesal, de aquí su denominación de presupuestos procesales.

b) Toda persona puede ser titular de un derecho sustancial (*legitimatío ad causam*) y siempre debe tener la actitud necesaria para defenderlo personalmente en caso de litigio (*legitimatío ad procesum*). El primer presupuesto de la relación procesal es la capacidad de los sujetos para

estar en un proceso; si esa capacidad falta sea en el autor, sea en el demandado; podrá oponerse una cuestión previa de falta de capacidad, la que siendo afirmativa impedirá la prosecución del proceso. La capacidad procesal es, por consiguiente, uno de los capítulos fundamentales en el estudio del proceso.

c) La facultad concedida a los jueces para resolver los litigios está condicionada a su actitud para conocer de los mismos; no todos los jueces tienen la misma competencia. En primer lugar, será necesario determinar la jurisdicción donde corresponde la promoción del proceso y dentro de ella establecer el Tribunal que, por razón de la materia, cantidad, y otros, esté anticipadamente designado por la Ley para su conocimiento. La competencia del juez, es, por lo tanto, otro presupuesto de la relación procesal, cuya ausencia hace procedente la excepción previa de incompetencia de jurisdicción.

d) Por otra parte, es necesario que la demanda esté revestida de ciertas formalidades exigidas para asegurar la regularidad del debate, y cuya existencia debe ser constatada por el Juez antes de entrar al fondo del litigio. La ausencia de algunas de ellas hace procedente la cuestión previa de defecto de forma en el modo de proponer la demanda.

e) De lo dicho resulta que la falta de un presupuesto procesal, da lugar a una excepción también procesal (Ilegitimidad, incompetencia, defecto de forma en el modo de proponer la demanda) cuya procedencia no afecta a la acción, que puede ser intentada nuevamente.

Los presupuestos procesales se componen pues de cuatro requisitos esenciales, que de concurrir permiten que se dé inicio al proceso y se culmine con una sentencia de mérito. Estos son: Competencia, Capacidad para ser parte, Capacidad procesal y Demanda en forma. Cada uno de los presupuestos se compone de elementos necesarios para cumplir con el propósito anhelado, y por lo tanto, si llegare a faltar uno de ellos se imposibilitaría el nacimiento jurídico de la acción; esto debido a que son un control de admisibilidad de la demanda, que en caso de ser pasados por alto al momento de su admisión podrán constituir causal de nulidad, evitando así su validez y una sentencia favorable.

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal dentro de este Tribunal se constituyó y trabajó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron ellas representadas en este trámite

arbitral por abogados inscritos, amén que las demandas, la de convocatoria como la de reconvencción, así como el escrito de Llamamiento en Garantía cumplieron con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

El ordenamiento procesal aplicable contempló la posibilidad de que respecto de los extremos de la litis conformados por las partes demandante y demandada, en cualquiera de estos extremos, o en ambos, dicha parte tuviera la condición de ser singular o plural, es decir, conformada por una o varias personas naturales y/o jurídicas, como acontece en el caso en estudio en relación con la pasiva inicial.

Denomínase así entonces litisconsorcio, la presencia en el mismo proceso de varias personas en la posición de demandantes o demandados el cual puede formarse desde el origen del proceso, cuando éste se inicia por varios demandantes o contra varios demandados. Formarlo en tal momento constituye una facultad bien del demandante singular, si aquel es pasivo, bien de los demandantes plurales si es activo o mixto. Es factible formar el litisconsorcio si las diferentes pretensiones de sus integrantes son conexas por la causa o por el objeto, o guardan entre sí dependencia, o deben ser demostradas con los mismos medios de prueba.

El fin que se propone la ley al admitir el litisconsorcio es realizar la economía procesal evitando varios procesos e impedir sentencias contradictorias sustituyendo una sola decisión a decisiones separadas sobre materias conexas, o dependientes entre sí, o vinculadas por unidad de prueba.<sup>1</sup>

La Jurisprudencia así lo ha entendido al afirmar que ...

*“Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única “relación jurídico sustancial” (art. 51 C. de P. Civil)<sup>2</sup>; en este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos. En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren*

---

<sup>1</sup> Curso de Derecho Procesal Civil, Hernando Morales Molina. Octava Edición. Págs. 229-230.

<sup>2</sup> Artículo 51. C.de.P.C. LITISCONSORTES NECESARIOS. | hoy artículo 61 CGP

*libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil)<sup>3</sup>. En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. Sólo contándose con su presencia en el proceso, la decisión que se adopte en la sentencia lo vinculará, dado que en ella se decidirá sobre sus propias pretensiones o sobre las razones que esgrime en su defensa. La intervención facultativa sólo podrá ejercerse hasta antes de que se profiera sentencia de única o primera instancia y dentro del término previsto para la interposición de la acción correspondiente, esto es, siempre que no hubiese operado la caducidad (art. 52 ejusdem).”,<sup>4</sup>, (subrayas fuera)...*

por lo que esta modalidad procesal, para el caso que nos ocupa, en razón a la remisión que la ley arbitral hace expresamente a la ley procesal para lo que tiene relación con los requisitos de la demanda en arbitraje, que atrás ya se mencionó, será de plena aplicación con todos los efectos procesales que ello conlleva.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado y que imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, es de rigor decidir entonces sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

---

<sup>3</sup> Artículo 50. C.de.P.C. LITISCONSORTES FACULTATIVOS. | hoy artículo 60 CGP

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010), Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341), Actor: JAIRO DE JESUS HERNANDEZ VALENCIA Y OTROS, Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y OTROS, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION AUTO

## CAPÍTULO III

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

#### 3.1 DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN ARBITRAL Y METODOLOGÍA PARA DECIDIR SOBRE ELLA.

Previo a abordar lo propio respecto de las consideraciones hechas por parte del Tribunal para resolver el conflicto descrito en el capítulo anterior, sea del caso puntualizar el alcance de dichas consideraciones enmarcadas y dirigidas al problema planteado.

Se expone por el actor la pretensión de que sea declarado por parte del Tribunal el incumplimiento a cargo de sus convocados del Contrato por ellos denominado como de Consultoría y Obra Civil N° JMLG-VUFC-VDL-09-2013 (Proyecto Vivienda Multifamiliar Campestre) celebrado en 16 de noviembre de 2013, *“...al decretarse en forma ilegal y arbitraria su finalización el 3 de octubre de 2014”*, se decrete su resolución por incumplimiento y se hagan unas condenas que incorpora en la demanda, escrito que al ser subsanado posteriormente, las redujo.

Por su parte los demandados, en escrito de demanda de reconvención, igual solicitan al Tribunal sea declarado el incumplimiento contractual del referido contrato por parte de la sociedad convocante y como consecuencia de ello, se declare la legalidad de su actuación que puso fin al contrato y se les absuelva de la pretensión del actor, se le condene a éste a la asunción de unos valores que por concepto de indemnización de perjuicios por tal incumplimiento también se le pide al Tribunal reconozca y condene a su pago, y subsidiariamente se condene al pago de una cláusula penal junto con sus intereses moratorios.

Se trata pues el litigio y el problema jurídico a resolverse, del ejercicio cruzado de la acción de incumplimiento contractual propia de los contratos bilaterales y de la responsabilidad que de ello deba desprenderse que las partes mutuamente se endilgan, motivo por el que asumirá el Tribunal un estudio del Contrato tipo suscrito - Contrato de Consultoría y Obra Civil N° JMLG-VUFC-VDL-09-2013 (Proyecto Vivienda Multifamiliar Campestre)- de las acciones que le son dadas a los contratantes en este tipo de contratos, sus requisitos, modalidades y consecuencias, de cómo fue el comportamiento de las partes durante la relación contractual, la firma del otro contrato posterior, la probanza de ello, las obligaciones a cargo de cada una de ellas, la verificación de la real voluntad de las partes durante el desarrollo contractual, para concluir en cómo debe ser el

tratamiento a aplicarse al contrato demandado resultado de dichas actuaciones, su prueba y por supuesto, las normas legales subjetivas y procedimentales a aplicarse.

La controversia igualmente se desatará teniendo especial cuidado en los alcances, requisitos, exigencias y formalidades que la ley contiene en especial para los denominados Contratos de Obra, esto en razón a la clara referencia expuesta por los convocados en lo que concierne a la potestad que la ley consagra al ordenante de una obra para cesar unilateralmente su ejecución, con miras y de cara a establecer si esas condiciones que la ley impone para el ejercicio de esta facultad fueron o no observadas y cuáles serían las consecuencias de lo uno y de lo otro, según fuere el caso.

De análoga manera corresponderá al Tribunal resolver la eventual responsabilidad que, a la Compañía de Seguros, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. en su condición de llamada en garantía por el actor le pudiera corresponder, lo mismo que la validez y exigibilidad de la póliza por ella expedida de acuerdo con los hechos y probanzas que a lo largo del proceso acontecieron y se allegaron.

Para estos propósitos se iniciará con un estudio de los principios reguladores de los contratos, la causa eficiente de ellos y las maneras como las partes exteriorizan sus intenciones de obligarse, siguiendo por una revisión de los modelos legales aplicables a la problemática a resolverse, la importancia y demostración de lo que las partes convinieron, ejecutaron y pudieron modificar, el tratamiento legal que exista para el tipo de contrato suscrito entre las partes, el manejo, aplicación y cobertura de las garantías que se exigen se vinculen al laudo, aterrizando luego el contenido teórico de estos modelos al contrato vinculante entre los interesados y el efecto que sobre él esos modelos contengan, para llegar así a establecer el futuro de las pretensiones planteadas y la eficacia de las defensas interpuestas, todo de cara a resolver la conflictividad a la luz de las normas legales que correspondan a lo ocurrido y especialmente a lo efectivamente probado por las partes intervinientes en el proceso.

### **3.2 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA REAL VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES. ALCANCES DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 1618 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.**

Tal y como se anuncia en el numeral anterior de este capítulo, deberá el Tribunal ser muy cuidadoso en centrar su atención, más que en el tenor literal de él (los)

contrato(s) suscrito(s) entre las partes en conflicto<sup>5</sup>, en lo que realmente los interesados querían fueran sus obligaciones, deberes y cargas, fundamentado ello en sus actuaciones durante la duración de su relación contractual y en cómo esas actuaciones sean las que revelen esa voluntad contractual de ellas y si de contera con ello, esa real voluntad fue o no transgredida por parte de alguno o de ambos de los intervinientes en la vida del contrato real que efectivamente los vinculó de acuerdo con el imperio de sus voluntades independientes.

Para iniciar el acercamiento al concepto de la autonomía de la voluntad y pretender dar una definición de autonomía privada, siempre tendríamos que pensar en actitudes de tipo personal o subjetivas como autorregulación ó autodeterminación, que de alguna forma dan una idea de autonomía privada como actitud subjetiva del ser humano; de acuerdo con esto definiríamos autonomía privada como aquella potestad que tiene el ser humano para autorregularse, y ser soberano en sus propias decisiones en general, potestad que está presente permanentemente en las personas como fuente generadora de obligaciones a su cargo, incluso como fuente de nuevas cargas que complementen y/o modifiquen obligaciones ya formalmente adquiridas como resultado de la celebración válida de contratos.

Dada la importancia de la regulación contractual, se hace necesario, como antesala al análisis de la interpretación de los contratos, detenernos en el estudio de la actividad negocial de los particulares, como fuente de las obligaciones entre nosotros.

Para mayor claridad, es de revisar el artículo 1494 del Código Civil<sup>6</sup>, en donde se plasma la naturaleza progenitora de las obligaciones del negocio jurídico, para encontrar que ellas tienen su fuente fundamental en ese concurso de voluntades, así como en otras fuentes, siendo de especial interés ésta como soporte de la resolución de la demanda que nos ocupa, en razón, ya se advirtió, a la importancia que la mencionada autonomía tiene en la vida de los negocios de los particulares, así sea frente a negocios ya formalizados y aparentemente consolidados entre ellos.

---

<sup>5</sup> Folios 1 a 6 y 250 a 258 del Cuaderno de Pruebas 1

<sup>6</sup> “ARTICULO 1494 C.C.- . FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (subrayas fuera)

En efecto, la primera de las fuentes generadoras de obligaciones, se insiste, es la autonomía de la voluntad de los contratantes, voluntad que tiene especial regulación legal en el propio artículo 1502 del mismo ordenamiento<sup>7</sup> donde se exige que esa voluntad esté libre de vicios y se exprese de manera inequívoca, manifestación que igualmente puede ser por directa expresión verbal y/o escrita de ella, o por la celebración y/o ejecución de actos que así lo hagan exteriorizar, tal y como adelante se expondrá.

No escapa a la claridad del texto el hecho de que es el consentimiento, y no la mera literalidad de las palabras, aquel que verdaderamente entraña la fuerza que confiere la posibilidad de obligarse a una persona. Por consiguiente, desentrañar el sentido ulterior y real que buscaban los convencionistas resulta, sin duda, la faena principal a la que el fallador debe abocarse, con el propósito de observar el conjunto de normas sobre las cuales se enarbola el derecho contractual en Colombia.

Es así y en desarrollo de esto, como el Título XIII del Libro IV del Estatuto Civil que gobierna lo relativo a la interpretación de los contratos, en su artículo 1618<sup>8</sup>, ibídem, en lo pertinente, alude a la prevalencia de la intención de los contratantes sobre la literalidad de las palabras contenidas en un documento al momento de entrar a decidirse sobre las prestaciones mutuas y los eventuales incumplimientos o desatenciones a esa voluntad consentida que gobierna realmente una relación contractual, poniendo esa intención, jerárquicamente en posición superior que el mismo tenor de las palabras contenidas en documentos por ellas suscritos.

Leyendo las definiciones de contrato de las diferentes codificaciones con las características mencionadas, encontramos en común en ellas que el contrato se sustenta fundamentalmente en el acuerdo de voluntades de las partes.

El artículo 864 del Código de Comercio colombiano dice que... *"El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"*; por su parte el Código Civil colombiano en su artículo

---

<sup>7</sup> "ARTICULO 1502. C.C.- REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) **que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.**

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra." (Bastardillas, negrilla y subraya fuera del original)

<sup>8</sup> "ARTICULO 1618 C.C.-. PREVALENCIA DE LA INTENCION. Conocida claramente la intención de los contratantes, **debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras**". (Bastardillas fuera del original)



1495 dice que ... *"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."*

Ambos conceptos propios de nuestro derecho privado, tienen como fuente el principio de la autonomía privada, donde es el querer de las partes el que está ejerciendo influencia directa en el nacimiento del contrato y por ende en su ejecución y terminación, incluyendo, por supuesto, las eventuales modificaciones que a él ellas-las partes-quieran introducir en ejercicio de esa autonomía de la que nos venimos ocupando. Esos dos conceptos citados son un aporte directo del Código Civil francés de 1804, aporte extendido a la mayoría de codificaciones de derecho privado existentes actualmente en Latinoamérica.

Además de considerar los conceptos de contrato como aporte del principio de la autonomía privada, es de sentido común suponer que de ahí se desprenden situaciones jurídicas especiales como la libertad contractual, el consensualismo, la fuerza obligatoria de los contratos y su efecto relativo o interpartes.

Como situación igualmente especial surge la interpretación de los contratos, que desde ya le resaltamos por considerarse esta situación especial íntimamente ligada al querer de las partes, como bien lo expresa el artículo 1618 del Código Civil colombiano, arriba mencionado.

El principio de la libertad contractual como especie de la autonomía privada, hasta ahora y de acuerdo a muchas de las legislaciones vigentes, al menos las descendientes del Código Civil francés, sigue siendo en mayor o en menor medida la base de la contratación privada. Esos sistemas de derecho privado con influencia francesa, mantienen como base del contrato el acuerdo de voluntades. La libertad contractual, frente a nuestra legislación, siempre deberá permanecer incólume como aspecto plenamente subjetivo del ser humano, entendiéndose la posibilidad que tiene ese ser de decidir cómo y cuándo satisface sus necesidades y si para lograr ese fin debe celebrar un contrato, goza de esa libertad individual y subjetiva de realizarlo<sup>9</sup>.

Si el principio que se está tratando, tiene como una de sus principales utilidades explicar la obligatoriedad del contrato, es en este preciso punto donde requerimos nuevamente de nuestro Código Civil, en su artículo 1602<sup>10</sup>, que, si bien no nos

---

<sup>9</sup> PLANIOL, Marcel, Teoría de los Contratos., Tomo VI, pág. 34.

<sup>10</sup> ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

habla explícita y directamente sobre el principio de la autonomía privada, sí es una consecuencia directa del mismo.

El contrato, según esa norma, está siendo equiparado con la ley, nació de un acuerdo de voluntades que implica una obligatoriedad, posterior resultado de ese mismo acuerdo, que para este efecto es la consecuencia de un ejercicio autónomo de la voluntad y de la libertad contractual de los individuos. De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de la libertad contractual es fuente de ley para las partes, elevándose el contrato a la característica de ley.

Aunque existen grandes diferencias en estricto sentido jurídico entre la ley y el contrato, se le da la calidad de tal a éste bajo un aspecto de carácter privado, lo que en técnica jurídica se llama “El Efecto Interpartes”.

Lo cierto pues es que esa comparación del contrato y la ley es una realidad, y aunque teóricamente o bajo las pautas de la técnica jurídica existan diferencias esenciales entre los dos conceptos, el contrato es una ley para las partes, y lo que nos importa aquí específicamente es que esa obligatoriedad, como lo dijimos anteriormente, nace de un libre acuerdo de voluntades, pudiéndose afirmar de esta manera, enfáticamente, que el principio de la autonomía privada, con su especie de la libertad contractual, sigue vigente y con texto positivo en la mayoría de los sistemas de derecho privado del mundo.

La obligatoriedad del contrato como consecuencia, más que de un acuerdo de voluntades, del principio de la autonomía privada, es algo de gran relevancia en la contratación privada, si pensamos que, de ahí, de ese acuerdo, nace un vínculo que, llevado a las esferas de la ley misma, sólo podrá ser extinguido o modificado por sus propios creadores, es decir, las partes. Esto de acuerdo con el artículo 1602 del C.C y equivalente de otras legislaciones surgidas del original Código de Napoleón, caracterizado por ser el artífice de la autonomía privada en nuestro sistema normativo.

A todo lo anterior debemos igualmente comentar, que si bien el contrato surge como tal de un acuerdo de voluntades, que a su vez nace de la libertad contractual de los individuos, su obligatoriedad en el cumplimiento para las partes, expresada en los diferentes códigos de derecho privado, incluyendo el nuestro en el artículo 1602 del Código Civil, se debe no a la voluntad de las partes sino al reconocimiento que el derecho objetivo hace a ese acuerdo de tener fuerza de ley.

Al respecto podemos citar a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de octubre 10 de 1978:

*"Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales".*

Analizando la posición de la Corte, denotamos claramente que es el derecho objetivo, a través del derecho civil, el que se encarga de darle al contrato privado la fuerza obligatoria de ley que se viene tratando, lo que hace pensar en la importancia que adquiere la libertad contractual, al ser reconocido el fruto de la misma - el contrato - como ley para las partes.

Además, igualmente es del parecer del Tribunal, que ese reconocimiento de fuerza de ley dado al contrato por parte del derecho objetivo tiene como fin proteger tanto el interés particular de los contratantes, como el interés colectivo, al expresar la Corte que esas declaraciones de voluntad nunca deben comprometer el orden público ni las buenas costumbres.

En conclusión, se debe afirmar que la obligatoriedad de los contratos plasmada por el legislador es un reconocimiento o una confirmación de la existencia de ese acuerdo de voluntades nacido de una libertad contractual, que ciertamente en la actualidad se va restringir por causas diferentes como el orden público, por ejemplo.

Relación directa con el principio de la autonomía privada y más específicamente con la alusión puntual, al papel del juez y sus efectos frente al principio, está la referencia ya anotada antes del Código Civil a la interpretación de los contratos. Es tan claro el código en reconocer la importancia que juega la voluntad de los contratantes en la formación de los contratos, que le otorga al juez autonomía para interpretar los contratos en sus mismas estipulaciones.

Al mismo tiempo la ley, además de otorgar la mencionada facultad, le está exigiendo al juez parámetros fijados por la ley misma a través del artículo 1618 del Código Civil, de interpretación de la intención de los contratantes, afirmando que *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*.

Lo confirma la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 16 de 1968, al expresar:

*"Las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas".*  
(Subrayas fuera)

Sin embargo, es importante resaltar la importancia del artículo 1618, frente al tema a decidirse. Hasta aquí se han revisado temas de obligatoria alusión, como la libertad contractual, la libertad para contratar, la voluntad como protagonista principal en la formación del contrato, las consecuencias de la unión de esas voluntades y su dimensión y efectos en la vida misma del hombre en sociedad.

Pues bien, esa norma del Código Civil recoge mucho de la importancia del principio de la autonomía privada en nuestra legislación, su inmensa transcendencia y creó definitivamente su gran vigencia en lo que se puede definir o se ha definido como época de auge del contrato, como principal acercamiento del hombre moderno.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 27 de 1971, condensa mucho de la importancia de la norma sobre interpretación de contratos:

*"En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes*

*deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos.”* (Subrayas fuera)

Además de la posibilidad que tiene el juez de intervenir en la relación de los particulares, bien sea interpretando las cláusulas contractuales de acuerdo a lo expresado por el Código Civil, o bien ejerciendo autoridad cuando el desequilibrio se presente por circunstancias imprevisibles resultado del actuar libre de las partes posteriormente a la creación del contrato, el principio de la autonomía privada permite a los particulares mismos un fingimiento de la voluntad que implica una discrepancia entre la voluntad subjetiva y objetiva del individuo, con la intención de producir una apariencia de un negocio jurídico diferente al que realmente ellos están efectivamente celebrando.

Nos referimos específicamente a la posibilidad que otorga la libertad contractual a través del principio de la autonomía privada de simular y/o modificar contratos. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de marzo de 1.995, Magistrado ponente: Dr, Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá, DC; expediente 4478 expresó lo siguiente:

*"Conforme a la autonomía de la voluntad, los particulares gozan de libertad para acudir en la regulación de sus relaciones negociales entre si, a una cualquiera de las formas contractuales típicas, que la ley pone a su disposición como instrumentos eficaces e idóneos para el desarrollo de la operación proyectada y de los intereses a ella vinculados, o, si así lo prefieren, pueden cambiar elementos diversos para crear un contrato atípico, que se adecúe a sus particulares circunstancias y a las finalidades perseguidas en la celebración de ese contrato. Dentro del campo propio de la autonomía de la voluntad privada, el legislador permite que los particulares sin vulnerar normas de orden público lleven a cabo un acto jurídico complejo, en virtud del cual se da apariencia de realidad a un negocio como si existiera, pese a que efectivamente no existe; o se reviste públicamente un acto, jurídico con la apariencia de otro, esto es, que intencionalmente se produce una distorsión entre la voluntad declarada y la voluntad real, de manera tal que acordados entre si de ello los agentes del acto, en razón de un convenio ordinariamente mantenido en secreto y realizado con sigilo y precaución para ocultarlo, le restan eficacia a la manifestación externa o declarada de la voluntad. En cualquiera de los dos casos, con la aquiescencia del otro contratante, se priva de los efectos que*

*le son propios a la declaración de voluntad, pues si no existe negocio jurídico y se aparenta su existencia, esto último persigue que la situación patrimonial a que el acto jurídico se refiere no se altere, permanezca tal cual se encontraba antes de la celebración del mismo, lo que se conoce con el nombre de simulación absoluta; y, si se disfraza bajo la forma y contenido propios de un acto jurídico diferente, entonces se presenta la simulación relativa, ya en cuanto a la naturaleza misma del negocio, ya respecto del contenido o de los sujetos, o de la causa de éste. (...) "En uno y otro caso, la declaración de voluntad es única, sin que pueda aceptarse que se trata de dos actos jurídicos, uno público y el otro secreto, pues si así fuera, "se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento - de vender y de donar simultáneamente, verbigracia - que necesariamente implicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el recíproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para acto distinto. Esto, en caso de que ese pretendido doble consentimiento fuere simultáneo, como forzosamente no podría dejar de serlo para quienes quieren ver en la simulación una duplicidad de acuerdos de voluntades. Y tampoco sería aceptable sostener que para defender la tesis de la duplicidad de actos o de contratos, el consentimiento para uno de ellos - para cuál se preguntaría - se conjuga en primer término, y luego, como sucedáneo, lo reemplaza uno nuevo y distinto consenso para el otro acto o contrato. Se tratará en esta hipótesis de un fenómeno de sustitución o sucesión de voluntades y actos jurídicos asimilables a fenómenos de novación o de mutuo disenso de suyo ajenos al simulatorio", como lo dijo la Corte en sentencia de 28 de febrero de 1.979, G.J.T. CLIX, pág. 49-50." (Subrayas fuera)*

Al considerarse el acto simulado como un contrato válido a la luz del derecho civil colombiano y de acuerdo con lo anteriormente expresado por la Corte Suprema de Justicia, esta figura que tiene su fuente jurídica en los artículos 1.757, 1.760 y 1.766 del Código Civil colombiano, es una clara confirmación de la vigencia del principio de la autonomía privada.

Solo se podrán hacer ese tipo de fingimientos gracias a la libertad contractual con que cuentan los particulares. La simulación es un acuerdo de voluntades para obligarse a hacer una cosa: fingir un acto. Ese acuerdo tiene como objeto determinado conservar una situación jurídica que no se quiere ver afectada y que a su vez no contraría el orden público y las buenas costumbres. El acto simulado además de cumplir con las características del artículo 1.495 del Código Civil tiene una causa real y lícita, al haberse producido por un perfecto consentimiento de las

partes, conociendo su contenido plenamente, su fin, siendo claros en la existencia de una ficción y existiendo plena seguridad de la capacidad de los contratantes.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya lo dijimos antes, ha establecido que las normas de interpretación de los contratos, aun cuando no son normas de naturaleza sustancial, por cuanto no son creadoras de derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles, son, en efecto, un mandato del legislador que los falladores deben tener en cuenta en el momento en el que decidan sus controversias<sup>11</sup>.

Por lo anterior, el juez, al momento de interpretar un contrato, debe escudriñar el sentido jurídicamente relevante del mismo a través de las normas que el legislador le impone para el efecto.

Así como ha desarrollado genéricamente las normas de interpretación de los contratos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, también ha estudiado por separado cada una de estas normas. Respecto de la norma citada, ha manifestado la Corporación que el juez debe dar prevalencia a la real intención de los contratantes sobre la mera literalidad del texto:

*“Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "recíproca intención de las partes" (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, **impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negociaj, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que "...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento***

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo – 16 de diciembre de 2005. En esta providencia la Corte decidió sobre la admisibilidad de la demanda de casación interpuesta por la Sociedad Promotora de Energía Eléctrica de Cartagena. En la misma se reiteró jurisprudencia de la Sala sobre el tema referenciado del 16 de diciembre de 1968 en el acápite de consideraciones.

**contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato<sup>12</sup>**.

(Se subraya y resalta)

Del texto transcrito se colige que el juez debe utilizar, *verbi gratia*, las conversaciones o actos preliminares y/o posteriores a la celebración del contrato para identificar claramente el motivo que llevó a las partes a contratar o a desarrollar su contrato de determinada forma libre. Ello entraña, naturalmente, el reconocimiento de que la voluntad de las partes, habida cuenta de su circular importancia en materia contractual, debe ser la fuente primigenia para la resolución de controversias surgidas en obligaciones *ex contractu*.

En el mismo sentido, en sentencia del 28 de enero de 2005 (Exp: 7504), el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo refiere en su fallo al texto del 1618, en estudio, de la siguiente manera:

*“Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico”*.

(Se subraya)

La posición jurisprudencial es prístina en reseñar que no es posible, so pretexto de exigir el cumplimiento de una obligación, echar de menos la voluntad de los contratantes. Y no puede ser de otro modo, pues dotar de un carácter pétreo a las estipulaciones plasmadas en el texto llevaría al absurdo de desconocer que, en materia contractual, la fuerza de obligarse proviene de la autonomía de la voluntad de los convencionistas.

Como consecuencia de lo dicho, éstos -las partes contratantes- en cualquier tiempo, están autorizados para modificar, sustituir, abrogar, derogar o novar las obligaciones que han contraído de común acuerdo, sin solemnidades distintas a las que la ley haya impuesto para el contrato de que se trate.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: William Namén Vargas – 7 de febrero de 2008. Jurisprudencia reiterada en fallo de 1 de julio de 2009, mismo magistrado.



Por eso, con acertado criterio, la Corporación reitera en una y otra oportunidades que, sin perjuicio del tenor literal de las cláusulas, cuando exista claridad meridiana respecto de la intención de las partes en un negocio jurídico, ésta deberá primar sobre aquélla.

De la misma manera y cerrando la discusión, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del primero de julio de 2009, M.P.: William Namén Vargas, afirma:

*“Compréndese, entonces, que la directriz cardinal de la interpretación de un contrato es desentrañar la communis intentio de las partes aún sobre el texto literal, tal como dispone el artículo 1618 del Código Civil...”*

En consecuencia de todo lo hasta aquí dicho, de la inalterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es posible concluir que, en tratándose de la interpretación de los contratos, la aplicación del artículo 1618 del Estatuto Civil reviste una nodular importancia y es de obligatoria observancia por el fallador.

Como ya se ha anotado, al ser el negocio jurídico un acuerdo de voluntades, el fallador se encuentra en la forzosa obligación de colegir la voluntad real, la obligación respecto de la cual los contratantes prestaron su verdadero consentimiento.

### **3.3 LOS ACTOS PROPIOS COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.**

Establecida la obligación del juez de adentrarse en el real querer de las partes contratantes en los términos expuestos en el numeral anterior, sea de continuar precisando las posibles maneras de cómo las partes exteriorizan esa real voluntad para que, en aplicación del precepto del art. 1618 atrás estudiado, pueda el juez darle cabal aplicación.

Adicionalmente a las expresas manifestaciones de voluntad, verbales y/o escritas que denoten esa intención de los contratantes de exteriorizar su real querer, es de importancia prima revisar la manera cómo con sus actuaciones y desarrollos contractuales esas personas protagonistas del contrato comunican sus intenciones y cómo esas actuaciones al ser percibidas por su contratante tienen unos efectos que deben ser reconocidos y especialmente respetados por quien con esas

actuaciones así lo hizo percibir. Es lo que se conoce en la doctrina como “La Teoría de los Actos Propios”.

En las relaciones contractuales, cuando una parte con sus actuaciones da lugar a su correspondiente a pensar algo y luego desconociéndose tales actuaciones inductoras de tal creencia se pretende por ella reclamarle a quien así se indujo un incumplimiento, se incurre en lo que se conoce por la doctrina como “*Venire contra factum proprium*”, o el Desconocimiento de los Actos Propios.

Las Altas Cortes han declarado la proscripción de estos actos, estableciendo el reproche que se hace a quien, rayando en la mala fe, pretende desconocer actuaciones suyas que hacen creer a la otra parte que las condiciones contractuales se desarrollan de determinada manera que luego se le desconoce para, amparados en una verdad formal, reclamarle un eventual incumplimiento.

Así pues, se puede concluir que el silencio, al igual que las palabras, los gestos y, en fin, el comportamiento de las partes contratantes, son objeto de interpretación para el posterior entendimiento de una relación negocial, razón por la cual las partes deben asegurarse de imprimir en su conducta el sentido exacto de lo que se quiere dar a entender a los demás, so pena de que el efecto que se atribuya a determinada conducta, no sea el esperable o razonable.

A propósito, la doctrina internacional ha dicho que...

*“De suyo, esta actitud busca afianzar la confianza, la fidelidad, el compromiso y la prontitud en auxiliar a la otra parte, para que se pueda cumplir con sus recíprocas obligaciones. En este orden de ideas, también la doctrina se asegura que las partes cumplan con sus obligaciones y que ninguna de ellas se limite a esperar que la otra cumpla las que le son propias, sino que a cada una le competen obligaciones complementarias en orden a facilitar la normal y adecuada ejecución del contrato, de acuerdo con la naturaleza del mismo” (...)*

Esto significa para Ghestin, y el profesor Billau, que

*“el acreedor no debe simplemente ejecutar de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento”,*

Refiriéndose al proceder de la parte que desconociendo lo que hizo sentir a su correspondiente, pretende ella hacer cumplir lo que dio ella misma a entender estaba convenido de otra forma.

La Teoría de los Actos Propios se funda en esta razón por la que, la conducta de las partes en las relaciones contractuales ha de analizarse a la luz de los principios de la buena fe y lealtad contractual, fundamento de la teoría que busca la protección de la coherencia de la conducta contractual y de las expectativas legítimas que de ella se derivan. Conforme a la teoría de los actos propios, dice Betti:

*“El declarante está obligado porque ha desarrollado un comportamiento del que la contraparte pudo legítimamente inferir-obrando con buena fe, como hombre razonable y correcto- la existencia de una determinada voluntad.”*

<sup>13</sup>

Corresponde al Tribunal en su condición de juez de la presente causa, examinar a la luz de estas consideraciones, cuál fue la conducta de las partes en las distintas etapas de su relación contractual según se observó en el curso del debate probatorio a través de las pruebas recaudadas, lo que necesariamente le dará al mismo la medida de la actitud con la que obraron las partes en todas las fases del negocio en litigio, y poder concluir así que la actitud y manifestación de las partes, que hoy reclaman como sustento de sus peticiones , no va en contra de sus propios actos, ni se sale de los parámetros de la buena fe.

El apoyo de esta teoría de la que venimos ocupándonos se encuentra en la legislación colombiana, especialmente en el Constituyente de 1991 que dotó de particular relevancia las actuaciones de los particulares y de los funcionarios públicos, enderezadas a cumplir con el principio de la *buena fe*:

**“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.”**  
(Bastardillas y subrayas fuera del original)

De lo anterior se colige que, en materia contractual, la libertad negocial de los individuos está igualmente irradiada por el principio que la Carta Política consagra como fundamental para el cumplimiento y protección de los derechos de las personas. Naturalmente, el carácter mandatorio de la buena fe hace de suyo

---

<sup>13</sup> Emilio Betti – Teoría General de las Obligaciones.

necesario el cumplimiento de unas conductas que garanticen confianza entre los contratantes.

Como complemento del mandato superior, el artículo 1603 del Código Civil plasma, expresamente, la obligación de observar el principio a que aquí se alude, en tratándose de contratos:

***“ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*** (Subrayas fuera del original)

Para efectos de desarrollar la denominada *teoría de los actos propios*, palmaria dimanación del principio de buena fe, amerita estudiar los componentes subjetivo y objetivo de ésta, de manera que sea posible avizorar sus verdaderos alcances.

En palabras del tratadista Juan Pablo Cárdenas, la buena fe *“en su sentido subjetivo se refiere a un estado de conciencia, conocimiento o ignorancia de algo; mientras que, en su sentido objetivo, hace referencia a un patrón de conducta.”*<sup>14</sup>, por lo tanto, la fuerza obligatoria del contrato se explica, no ya por la libertad contractual, sino por la confianza que se genera con las actuaciones enderezadas al cumplimiento de la obligación, fruto de la buena fe.

Sirve lo dicho para precisar que una definición sencilla del concepto de esta teoría puede ser la inadmisibilidad del ejercicio de derechos o cualquier facultad que resulte contraria a conductas previamente realizadas y que de las mismas sea predicable algún tipo de eficacia en el universo jurídico.

Resulta palmario que, si la buena fe es la fuente primigenia para la generación de confianza entre los convencionistas, hecho del cual se desprende su obligatoriedad, uno de ellos no podría asumir actitudes tan diametralmente opuestas que den lugar a que el otro no pueda avizorar, con claridad meridiana, el cauce que la ejecución del contrato está llamada a seguir.

Lo anterior nos hace concluir que no es permitido, bajo la óptica de la teoría de los actos propios, un cambio injustificado de comportamiento cuando se ha generado una expectativa razonable en lo atinente a las conductas futuras del agente.

---

<sup>14</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Tertulia sobre contratos civiles y mercantiles*. Bogotá, Colombia. 2015.

Ahora bien, sobre el tema, ha sido la jurisprudencia de las Altas Corporaciones la que ha ilustrado la teoría, siendo dicho desarrollo jurisprudencial de naturaleza Constitucional y Civil, en virtud de las normas que inspiran su desarrollo. Así, la Corte Constitucional ha manifestado su posición en este sentido en diversos fallos:

*“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho<sup>15</sup>”.* (Subraya fuera del original)

De lo anterior, es posible colegir que se presenta la teoría del acto propio como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, ya que los mismos se encuentran supeditados a conductas realizadas por alguno de los contratantes.

Siguiendo la misma línea, en sentencia T-608 de 2004, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, el máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional estableció:

*“En esta medida, uno de los aspectos de mayor importancia y que hace parte del ámbito de protección del derecho al debido proceso, es el relativo al principio del respeto del acto propio, cuya esencia radica en que un sujeto de derecho que ha producido un acto generador de efectos particulares y concretos a favor de otro, no puede variar de manera unilateral e inconsulta su propio acto, pues de hacerlo, estaría violando los principios de buena fe, confianza legítima y el derecho al debido proceso”.* (Subraya fuera del original)

En el mismo sentido, es ahora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que también se ha manifestado sobre el particular en diferentes oportunidades. En

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional – MP: Alejandro Martínez Caballero – 4 de mayo de 1999 – sentencia t-295-99.

sentencia de fecha 9 de agosto de 2007, el Magistrado Pedro Antonio Munar propuso lo siguiente, en relación con la teoría objeto de análisis:

*“Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios”.*  
(Bastardillas fuera del original)

Esto se reitera en fallo del 24 de enero del 2011, cuando la Sala también se manifestó al respecto, aludiendo a que la teoría pretende que exista coherencia en las conductas relacionadas de los agentes y sus eventuales pretensiones:

*“Ahora, referir a la doctrina de los actos propios, es reclamar la exigencia de un comportamiento coherente; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que le mantengan en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradijo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado”<sup>16</sup>.*  
(Bastardillas fuera del original)

Fluye de contera de la jurisprudencia transcrita que, sin lugar a dudas, los *actos propios* son la materialización del sentido objetivo del principio de buena fe, rector en materia contractual, y, por tanto, el ordenamiento jurídico repudia actuaciones manifiestamente contrarias de un mismo contratante, al punto de advertir que puede devenir en la imposibilidad del ejercicio de algunos derechos que, de otra manera, serían lícitamente ejercitables por el convencionista, pero que, como resultado de sus propios actos, ahora le estaría vetado.

La más completa referencia y decisión unificadora en esta materia se encuentra quizás en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T- 295 de 1999, en relación a la teoría de los actos propios, expuesto de la siguiente manera:

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia Sala Civil – 24 de enero de 2011 – MP: Pedro Antonio Munar Cadena Exp: 00457

*“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.”*

*(...)*

*“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo "Venire contra pactum proprium nellí conceditur" y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.”*

*(...)*

*“El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice "no se puede ir contra los actos propios". “Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”*

Agrega la misma sentencia de la Corte Constitucional, que para que pueda ser aplicada la doctrina del acto propio se requiere de la existencia de tres condiciones:

***“a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. -***

*Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto, debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica. La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero, además, hay una*

conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

***b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción – atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. -***

*La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibile por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.*

***c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. -***

*Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior”*

La doctrina ha hecho lo propio desde su esquina, tal y como lo sostiene el tratadista Vincenzo Roppo, al afirmar:

*“La buena fe impide a las partes ejercer sus propios derechos contractuales de modo lesivo, desleal y dañoso para la otra parte (...) La buena fe obliga a las partes a la coherencia de sus propios comportamientos (...) ello se fundamenta en el antiguo precepto que prohíbe venire contra factum proprium”<sup>17</sup>* (Bastardillas fuera del original)

La anterior premisa encuentra asidero en que, en materia contractual, lo reiteramos en el numeral anterior de manera extensa, es la voluntad de los

---

<sup>17</sup> Cfr. Roppo, Vincenzo. *Il Contratto*. Milán, Italia. Ed. Giuffrè. 2001. P. 496.



convencionistas aquella que permite enderezar el negocio jurídico y la que debe prevalecer al determinar cargas recíprocas entre ellos. Por lo mismo, autorizar el cambio intempestivo de intención, incluso en desmedro de quien ha cumplido a pie juntillas con lo pactado, implica desconocer, en todas sus partes, la regulación normativa que de ordinario dota de carácter mandatorio a la coherencia conductual de las partes.

En suma, la doctrina mundial es pacífica en reconocer plenos efectos a la teoría de los actos propios, porque se erige como el fundamento verdadero de la conducta de la que se desprenderá la confianza en la ejecución de un contrato entre dos o más partes. Así mismo, la normativa doméstica autoriza el pleno desarrollo de esta doctrina, con fundamento en las normas transcritas.

También el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO se ha pronunciado en relación con este tema de orden contractual:

*“Muchas veces las conductas o actos anteriores son opciones jurídicas o acuerdos adoptados con suficiente fuerza jurídica que proyectan sus efectos hacia delante de tal manera que la actuación contraria a ellos debe rechazarse, (..). En otras ocasiones no son ya esas posiciones de orden jurídico, sino la repetición de actitudes y decisiones de las partes, o de una parte con la aquiescencia de la otra, como la excusa reiteradamente aceptada en el cumplimiento de algún requisito convenido, el recibo de pagos periódicos con algún retraso sin aplicar la sanción por la mora o la opinión compartida sobre el alcance de alguna de las cláusulas contractuales. (..). En este mismo sentido, esas actuaciones anteriores constituyen el criterio para interpretar y fijar el alcance de las prestaciones que aún faltan por cumplir dentro del contrato, porque han creado o han suscitado un entendimiento que se tornó vinculante, lo cual, desde luego, implica una variación respecto de lo inicialmente acordado o previsto.”<sup>18</sup>*

En conclusión y acorde con lo expuesto en relación con la aplicación y alcances del artículo 1618 del C.C., una inequívoca manera de exteriorizar la voluntad de los contratantes encuentra soporte precisamente en sus actuaciones y en el desarrollo de sus propios actos en relación y con el lleno de las exigencias jurisprudenciales anotadas, pero es innegable que allí deberá centrarse cuidadosamente la atención del juez que busca la real voluntad de los contratantes que ahora demandan la desatención de las obligaciones para con

---

<sup>18</sup> CUBIDES CAMACHO JORGE. Los Deberes de la Buena Fe Contractual. REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI. Derecho Privado. Tomo IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Editorial Temis. 2010. Pg. 272.

ellos contraídas por su contraparte y verificar cuál es el real alcance de las presuntas obligaciones desatendidas, principio que además recoge de manera paralela el inciso 1° del art. 280 del CGP.<sup>19</sup>

### **3.4 EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO BILATERAL. (ESTUDIO DEL ART. 1546 C.C.)**

Advertimos al inicio de estas consideraciones, en el numeral 2 de este capítulo, que este proceso arbitral, de conformidad con las pretensiones expuestas en los sendos escritos y sus reformas que las contienen, se trata pues el litigio y el problema jurídico a resolverse, del ejercicio cruzado de la acción de incumplimiento contractual propia de los contratos bilaterales y de la responsabilidad que de ello deba desprenderse que las partes mutuamente se endilgan, motivo por el que asumirá el Tribunal un estudio del Contrato tipo suscrito - Contrato de Consultoría y Obra Civil N° JMLG-VUFC-VDL-09-2013 (Proyecto Vivienda Multifamiliar Campestre)- de las acciones que le son dadas a los contratantes en este tipo de contratos, sus requisitos, modalidades y consecuencias, de cómo fue el comportamiento de las partes durante la relación contractual, la firma del otro contrato posterior, la probanza de ello, las obligaciones a cargo de cada una de ellas, la verificación de la real voluntad de las partes durante el desarrollo contractual, para concluir en cómo debe ser el tratamiento a aplicarse al contrato demandado resultado de dichas actuaciones, su prueba y por supuesto, las normas legales subjetivas y procedimentales a aplicarse, lo mismo que la necesidad de revisar lo propio en referencia con el tratamiento legal del Contrato de Obra y con el Contrato de Seguro, especialmente el Seguro de Cumplimiento.

Así las cosas, en razón a que el tema se enmarca definitivamente en las pretensiones cruzadas de contratantes de relaciones entre dos partes, se impone referirse al ejercicio válido de las acciones de incumplimiento en este tipo de contratos bilaterales:

El incumplimiento del contrato bilateral o su cumplimiento defectuoso se constituye en nuestro ordenamiento legal en originador de obligaciones y responsabilidades, pues dicho incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones

---

<sup>19</sup> Artículo 280 CGP. Contenido de la sentencia. - La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. (...) Subrayas fuera

contractuales es en sí mismo el daño objeto de reproche y primer elemento a analizar en el régimen de responsabilidad contractual o civil extracontractual.

En efecto, el daño, la causalidad y el fundamento o deber de reparar, son elementos comunes a cualquier forma de responsabilidad, la cual una vez edificada se constituyen en fuente de obligaciones cuyo contenido necesariamente derivara en una forma de reparación o indemnización contractual, como principio fundante en nuestro Estado Social de Derecho.

Y es precisamente dicho principio fundante, cuyo contenido se ha incorporado en nuestra legislación, el que le da vida y origen al eje central de la responsabilidad contractual, el cual se encuentra consagrado en los artículos 1602, 1603 y 1604 del Código Civil y en los artículos 863 y siguientes del Código de Comercio.

No sólo la responsabilidad contractual, la cual deviene del deber de no hacer daño a nadie, se constituye como principio fundante en la legislación colombiana, sino que dicho ordenamiento se debe integrar a la luz del principio de buena fe, principio de rango Constitucional.

Es por ello que ha de analizarse para cada caso la forma eventualmente defectuosa como las partes recíprocamente cumplieron sus obligaciones, en el tiempo y bajo la forma debida, pues el fallador no podrá apartarse del acuerdo y de la voluntad de las partes y deberá analizar el contenido prestacional y su cumplimiento a la luz del ya mencionado principio de buena fe.

En la misma línea, el artículo 871 del Código de Comercio, tan citado, establece que... *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural”*, y es precisamente el cumplimiento del contenido obligacional el que es objeto de escrutinio a la hora de valorar la conducta desplegada por las partes en el contrato, pues como corolario, consecuencia e interpretación y desarrollo de este principio, es que la ley consagra la *“excepción non adimpleti contractus”* o *“excepción del contrato no cumplido”*, excusa para un cumplimiento, puesto que iría en contrario de la equidad natural el derivar un daño a partir de la inejecución contractual del otro, cuando dicha conducta ha sido desplegada por alguna o ambas partes en la relación contractual, para decirlo en palabras simples.

El artículo 1609 del Código Civil, establece que ...

*“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*

Del artículo que precede la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha precisado varias interpretaciones a partir de la actitud de los contratantes, actitud que se ve reflejada en el manejo del incumplimiento y más aún en la forma de incumplir.

Recuérdese que la condición resolutoria va implícita en todo contrato bilateral y es aquella que se considera presente precisamente cuando alguno de los contratantes no ha honrado sus compromisos y el otro, el cumplido, pretende ser resarcido por esta acción u omisión, según sea el caso<sup>20</sup>.

De lo anterior, podemos observar que de la figura del código civil referente a la excepción de contrato no cumplido, la jurisprudencia ha interpretado allí la manifestación de varias figuras aplicables, siempre y cuando probatoriamente se puedan identificar los factores que llevaron a los contratantes a presentar el incumplimiento, y la incidencia de dichos factores en la voluntad negativa de las partes a no continuar con la relación contractual.

Teniendo en cuenta lo dicho, consideramos conveniente señalar las diferentes corrientes doctrinales que han desarrollado el concepto de culpa como fundamento del deber de reparar cuando estamos en un evento de incumplimiento del contenido obligacional:

Ciertamente, en la actualidad concurren dos teorías que han venido desarrollando el elemento subjetivo configurador de la responsabilidad: (i) la culpa consistente en la inejecución de la obligación contraída, desarrollada en sentencia del 31 de mayo de 1938 de la Honorable Corte Suprema de Justicia cuando expresó que ...

*“La responsabilidad civil solo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa”<sup>21</sup> ...*

...y de (ii) la culpa representada como imprevisión al momento de contratar. Según esta segunda teoría, la responsabilidad contractual se fundamenta en la falta de

---

<sup>20</sup> Artículo 1546 Código Civil

<sup>21</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. La culpa Contractual. Editorial Temis S.A. Colombia, página 6. ISBN 84-8272-415-0.

previsión, la cual se configura en muchas ocasiones, en razón a que el deudor fue descuidado al obligarse en algo que eventualmente no podría cumplir. Esto es, que aquél no fue precavido al no advertir que era imposible el cumplimiento de lo obligado.

Cabe anotar que solo en pocas ocasiones, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado parcialmente, las bases de la presente hipótesis.<sup>22</sup> Ambas teorías han sido criticadas por la doctrina, razón por la cual varios autores han afirmado la existencia de un concepto de culpa contractual que se origina de la combinación de elementos de ambas hipótesis.

En el mismo sentido, múltiples actores de la doctrina nacional e internacional, han manifestado la nueva noción de culpa que propende porque su formación se establezca a partir de una pluralidad de factores tanto subjetivos como objetivos, que inexorablemente darán lugar al incumplimiento y responsabilidad contractual.

*Tamayo: “La culpa Contractual consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación.”<sup>23</sup>*

El doctrinante francés *Demogue*, aporta una definición algo más completa; la culpa se compone de dos elementos: el primero u objetivo es el hecho ilícito sin mayor definición, mientras que el segundo o subjetivo es la falta de prudencia o cuidado.

Según palabras de *François Geny*, la concurrencia de culpa depende, en parte, de la forma de actuar del deudor de la obligación en comparación con el imaginario abstracto, relacionado con la figura del “*buen padre de familia*” de la legislación francesa:

*“La culpa no es otra cosa que un error de conducta, una falta de actitud que normalmente se aprecia según el tipo abstracto de hombre recto y seguro de sus actos”<sup>24</sup>.*

En primera conclusión, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han observado que los elementos configurativos de la culpa son extensos y variados, con lo cual el tema probatorio de la misma es de gran amplitud debido a que es posible acudir

---

<sup>22</sup> Al Respecto véase la Sentencia del 11 de mayo de 1970 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>23</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Culpa Contractual; Editorial Temis 1990, página 16. ISBN 84-8272-415-0.

<sup>24</sup> CORRAL MALDONADO, Luis Carlos; La culpa en el derecho civil. Editorial Centro S.A. 1937. Página 82.

a elementos subjetivos como objetivos, para poder hacer un reproche de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Con base en esto, el papel del operador jurídico, debe ser activo para poder establecer a partir de un mar de material probatorio, si existe o no culpa, y si con ocasión a ella existe objeto al reproche por esa actitud y por ende posibilidades legales de ser reparado por parte del actor del daño.

Se observa que la noción de culpa, ha tenido una evolución histórica que ha confluído en una moderna teoría de culpa in abstracto, que exige al operador jurídico y en general a cualquier persona que realice un reproche, ya sea por incumplimiento de una obligación o por la comisión de contrario a derecho, de una apreciación vasta de varios elementos de origen subjetivo y objetivo relativos a la conducta del sujeto de derecho a quien se le pretende hacer la imputación de tal responsabilidad.

Por su parte, en un contrato bilateral, el reproche de culpa ante el incumplimiento es de gran complejidad, debido a que en este tipo de negocios jurídicos las obligaciones están entrelazadas, por lo cual el incumplimiento de uno puede degenerar en que el otro no pueda cumplir, no obstante, acudiendo al deber de buena fe que los contratantes deben observar en cada una de sus acciones relativas al contrato, se espera que estos realicen acciones positivas tendientes a culminar con el objeto y fin del contrato, por lo cual, es posible reprocharse allí el incumplimiento y la culpa de ambos por no esmerarse en la ejecución del contenido obligacional del contrato.

En ese sentido, la responsabilidad en estos contratos, supone la observancia de varios elementos tal como lo hemos venido sosteniendo, a fin de establecer si la culpa que dio lugar al incumplimiento contractual deviene de uno o de ambos contratantes y determinar la real intención de estos para con el futuro del contrato y sus responsabilidades frente a su contratante. Más adelante, en numeral especial, se volverá detenidamente sobre el tema.

### **3.4.1 Las Acciones del Acreedor ante el Incumplimiento del Deudor.**

En los contratos bilaterales, el acreedor de una obligación ante la inejecución de las obligaciones por parte del deudor, puede acudir a dos acciones que se excluyen entre sí por el contenido de sus pretensiones, ambas acompañadas de una correlativa pretensión indemnizatoria de perjuicios por los efectos generados por la mora o por la contravención a lo pactado en el contrato: exigir la terminación del contrato (acción resolutoria) o pretender que se obligue al incumplido a cumplir

con lo que se había él comprometido (acción de ejecución o de cumplimiento forzado). Sin embargo, cada una de estas acciones, por un lado, la acción o pretensión resolutoria y por otro lado la acción o pretensión de cumplimiento forzado, mantienen ambas una variedad de presupuestos que deben darse en cumplimiento por parte de quien pretende su amparo, con lo cual analizaremos las características de cada una de estas acciones.

#### **3.4.1.1 La acción resolutoria del contrato.**

La pretensión resolutoria –terminar el contrato- está prevista en el ordenamiento jurídico, en el artículo 1546 del Código Civil, cuando establece que ...

*“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con la indemnización de perjuicios”.*

A partir del citado artículo, podemos decir que se sientan las bases de la responsabilidad contractual en Colombia, otorgando facultades al acreedor cumplido para que, a partir del incumplimiento de su deudor, decida a su arbitrio acceder a pedir al juez resolver el contrato o que éste sea ejecutado.

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han confluído en que esta acción está precedida de unos requisitos que pueden evidenciarse al interior del mismo artículo 1546; en ese sentido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, del 3 de noviembre de 1971, expreso que las características de la acción resolutoria son las siguientes:

*“La acción resolutoria de contrato **bilateral**, cuyo principal fundamento legal es el artículo 1546 del Código Civil, es eminentemente **constitutiva** puesto que tiende a aniquilar un acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo; es **personal** porque sólo los contratantes y sus causahabientes puede promoverla y afrontarla, lo cual significa también que se produce en ellos un litisconsorcio necesario que exige la intervención activa o pasiva de todos los que celebraron el contrato en el juicio en que se pretende la resolución del mismo y por consiguiente que es indivisible. Desde luego la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine qua non que el contratante contra el cual haya cumplido o allanándose a cumplir las obligaciones a su cargo en forma y tiempo debidos”.*

De lo anterior destacamos que es presupuesto de trascendental relevancia el hecho del cumplimiento del contratante que invoca la acción, este supuesto ha sido el de mayor reiteración por parte de la jurisprudencia, la cual hasta nuestros días viene invalidando pretensiones donde quien alega la resolución no es claro en el cumplimiento con las obligaciones que a él le corresponde y sí pretende incoar una responsabilidad contractual por el incumplimiento del otro.

Así, sentencias como la del 16 de junio de 2006 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, con radicado 7786, establecen que:

*“Entonces, luego de que sea establecida la existencia de un contrato válido que ligue a los contratantes, **la labor del juzgador deberá estar dirigida a determinar, a la luz del citado precepto legal, la legitimación del actor, esto es, a escudriñar si su conducta contractual evidencia que puede beneficiarse de la facultad para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios**, porque tal derecho le asiste únicamente a quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo, lo que visto en sentido contrario indica que cualquiera de ellas se frustra cuando quien la demanda a su vez ha incumplido de manera jurídicamente relevante, porque en tal caso, ante la presencia de obligaciones recíprocas, el deudor demandado podrá justificar su resistencia a cumplir la suyas, lo que significa que quien promueva la correspondiente acción debe estar libre de culpa por haber atendido a cabalidad, como que una conducta así es la que le confiere legitimación al actor.*

(...)

*“es claro que la viabilidad de la acción resolutoria de que trata el precepto legal en cuestión depende no sólo de la cabal demostración del incumplimiento del demandado sino de que, de igual modo, logre evidenciarse que el actor efectivamente satisfizo las obligaciones anteriores o simultáneas que tenía a su cargo o que se allanó a cumplirlas, pues, como lo tiene dicho la Corporación, **“solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma o tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas”**, lo cual traduce “que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso” (Subrayas y negrillas fuera)*



Con esto queda inicialmente claro que el contratante moroso no puede pretender acudir a la acción resolutoria porque esta es propia del contratante cumplido; sin embargo, la misma Corte Suprema, a propósito del hecho de que ambos contratantes incumplan al mismo tiempo, ha venido teniendo varias posturas encontradas donde en algunas sentencias se afirma que ante este mutuo incumplimiento, la acción resolutoria puede prosperar puesto que en sentido estricto ningún contratante está en mora pues no se puede predicar el incumplimiento si ninguno ha cumplido. Otra parte de la jurisprudencia ha venido predicando que ante el mutuo incumplimiento la real intención de las partes es de desistir tácitamente de la relación contractual.

La sentencia del 5 de noviembre de 1979 de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, ilustra el debate anterior:

*“(...) acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del código civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas, y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que el corresponde. Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfananamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.”.*

Así entonces, la sentencia anterior que ya habíamos citado en la primera parte de este capítulo, propende por la teoría del mutuo disenso tácito, en virtud a que ante el mutuo incumplimiento no se cumple con los requisitos de la acción resolutoria, sino más bien se considera que la actitud de ambas partes es de desistir tácitamente del acuerdo contractual.

No obstante lo dicho, varias sentencias como la que cita el fallo anterior y otra del 7 de diciembre de 1982, aducen a que ante el incumplimiento recíproco de los contratantes pueden ellos demandar la resolución del contrato, pero sin

indemnización de perjuicios, así como la ejecución de la obligación principal, solo que tampoco con indemnización de perjuicios ni cobro de clausula penal.

*“(…) si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero si toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) permite cobrar perjuicios 2) hace exigible la cláusula penal y 3) invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida. Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir clausula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. (...)”*

*Resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento mutuo de ambos contratantes, es, en la práctica una misma cosa, pues ni en una ni en otra institución hay lugar a condena en perjuicios ni a clausula penal”.*  
(Subrayas fuera)

A nuestro parecer, la sentencia anteriormente citada más que separar las tesis anteriormente expuestas, lo que hace es acabar con este debate, pues equipara los efectos del mutuo disenso tácito con los que se daría de admitirse la acción resolutoria, con lo cual, no hay que casarse con ninguna de las teorías, sino más bien aplicar sus efectos que son la restitución de las cosas al estado original, siempre y cuando probatoriamente se pueda establecer que ambas partes incumplieron, reflejándose de su actitud ese deseo por desistir de la continuidad de la ejecución del contrato, sin ninguna indemnización.

Asunto diferente, del que nos ocuparemos en especial capítulo, es el de la pretensión de resolución, aún con mutuos incumplimientos, solo que mediando una terminación unilateral, tal y como acontece en los Contratos de Obra.

#### **3.4.1.2 Ejecución forzada de la prestación.**

La facultad de pedir la ejecución forzosa de la prestación por parte del acreedor, que, aunque en este caso ninguno de los demandantes la pretende sí es oportuno

referirse a ella tangencialmente, como lo veíamos anteriormente, también se encuentra establecida en el artículo 1546 del Código Civil, y básicamente tiene los mismos presupuestos que reseñábamos anteriormente, para la pretensión resolutoria del contrato. Al respecto OSPINA FERNANDEZ define lo siguiente:

*“si el deudor no cumple con su obligación en la forma y tiempo debidos, el acreedor puede impetrar el auxilio del Estado para que, mediante el empleo de la fuerza pública, se satisfaga su derecho coaccionando al deudor renuente. Es decir, que el derecho del acreedor se hace valer mediante la ejecución coactiva o forzada de la obligación del deudor, la que el acreedor obtiene ejerciendo una acción judicial genéricamente denominada acción ejecutiva en razón del fin que persigue”.*

De esta manera, los presupuestos de la acción de ejecución forzosa de la prestación en los contratos bilaterales suponen que el que exija el cumplimiento sí haya cumplido con todas sus obligaciones, precisamente porque si no lo ha hecho, el otro contratante podría proponer la excepción de contrato no cumplido, que ya atrás expusimos, debido a su mora en el cumplimiento de las obligaciones.

Lo anterior se justifica en términos de la buena fe contractual, debido a que un contratante incumplido no puede acudir a la tutela del derecho para que las obligaciones del otro se cumplan, sin que las suyas hayan sido por él debidamente observadas, más aún si recordamos que el fundamento de los contratos bilaterales es la conmutatividad de sus prestaciones, las cuales se miran como equivalentes según lo dispuesto por la ley civil, por lo cual, es necesario que quien ejecute la acción de cumplimiento haya cumplido o esté allanado y presto a cumplir de buena fe sus obligaciones contractuales.

Cabe precisar que la acción de ejecución forzosa de la prestación no puede proponerse acompañada con la de resolución, puesto que son acciones con propósitos antagónicos y por ende excluyentes, sin embargo, la jurisprudencia ha dicho que sí es posible proponer las dos en un mismo proceso, pero siendo la una la principal y la otra la subsidiaria.

*“En verdad, el carácter alternativo de las acciones no ha de querer decir más que el ejercicio de ambas no es lógica ni jurídicamente posible de manera simultánea por la contradicción que entre ellas se advierte, aunque se trate de procesos separados. En cambio, como una corroboración de que el ejercicio de una o genera la caducidad de la otra, si es viable su*

*acumulación en la misma demanda de manera principal y subsidiaria. Como lo autoriza el numeral 2 del artículo 82 del código de procedimiento civil”<sup>25</sup>.*

Lo anterior, denota que difícilmente en el caso concreto se pueda pretender este tipo de acción, más aún cuando se avizora un incumplimiento mutuo de las partes, no obstante, la prueba de la culpa del incumplimiento será la que resalte la intención de las partes para el futuro del contrato.

#### **3.4.1.3 Indemnización de perjuicios.**

La indemnización de perjuicios, es una pretensión judicial que surge del artículo 2341 del Código Civil que a su vez da lugar a la responsabilidad civil contractual y extracontractual en los siguientes términos:

*“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”.*

Así, de la indemnización de perjuicios surge un criterio de justicia generado por el deber de reparar el daño ocasionado por parte de actor de ese daño, traduciéndolo en reparar económicamente a la víctima de sus acciones u omisiones, según haya sido el caso, mediante el pago de una suma determinada y probada de dinero, ello conforme a las reglas procesales que regulen la fijación de los montos de este concepto resarcitorio. Este deber lo atiende el artículo 1546 del Código Civil, al estipular que, acompañado de la acción resolutoria y la acción de cumplimiento forzado de la prestación, se puede pretender la indemnización de perjuicios.

Lo anterior se basa en el incumplimiento que es el determinante que lleva a que una parte pretenda la resolución del contrato o la ejecución forzada de la prestación; es un daño que hay que reparar y por ello es necesario acompañar las referidas acciones de una correspondiente indemnización.

Esta indemnización en el ordenamiento jurídico colombiano está revestida de dos elementos a reparar, y que en el campo de la responsabilidad civil contractual tiene su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones. Así, el artículo 1613 del Código Civil dispone que ...

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990.

*“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.*

Más adelante el artículo 1614 establece que...

*“entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse o consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.*

A partir de la división de elementos de la indemnización de perjuicios es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han llegado a establecer que existe la indemnización compensatoria de perjuicios y la indemnización moratoria y en general la doctrina moderna clasifica el daño en daños materiales e inmateriales, de tal suerte que se repare integralmente el daño.

No obstante, la pretensión indemnizatoria si va acompañada de las acciones resolutoria y de ejecución forzosa de la prestación, supone necesariamente que se cumplan los presupuestos de aquellas acciones y que ya hemos venido exponiendo. Lo anterior, porque si no se puede alegar el incumplimiento, dada la presencia de una excepción de contrato no cumplido, por ejemplo, es evidente que tampoco habrá lugar a indemnización. Lo anterior, debido que para que exista responsabilidad civil contractual, es necesario el cumplimiento de tres requisitos: i.) un contrato existente y válido, ii.) La inejecución de prestaciones que dan lugar al incumplimiento y iii.) Un nexo de causalidad entre la inejecución de la prestación y el sujeto deudor de ella.

En este sentido para que sea viable la indemnización de perjuicios es necesario que pueda alegarse el incumplimiento, dado que como hemos venido reiterando, es el fundamento de la responsabilidad civil contractual.

### **3.5 EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.**

El ordenamiento jurídico a través de esta figura tutela y protege al contratante que está siendo requerido por incumplimiento, y que observa simultáneamente la presencia de mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de quien lo requiere por presunto incumplimiento.

A propósito, SCOGNAMIGLIO aduce... *“la excepción de incumplimiento se refiere a la hipótesis más difundida y de mayor interés, dentro de la cual deben ejecutarse simultáneamente las prestaciones correlativas, y se expresa en la regla antigua y fundamental de inadimplenti non est adimplendum conforme a la cual, cada contratante debe considerarse autorizado para no cumplir, si de su lado la contraparte no cumple o no ofrece cumplir la contraprestación al mismo tiempo (cfr. Art. 1460 cód.civ.)”*<sup>26</sup>.

Conforme a lo anterior, la figura del precedente citado artículo 1609 del Código Civil, tiene como consecuencia suspender el cumplimiento para ambas partes. No obstante, el actor que pretenda exigir el cumplimiento de las obligaciones o la resolución del contrato podría probar su cumplimiento o su disposición para cumplir en caso de que su demandado respondiere acogiendo a esta defensa que exponemos ahora.

No obstante, la misma doctrina ha manifestado que (...) *“este poder de excepción del exigido no tiene porqué constituir, sin embargo fuente de abusos, y para satisfacer esta necesidad, el artículo 1460-2 del cód.civ dispone que “no se puede rehusar la ejecución de la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, el rechazo aparece contrario a la buena fe”*<sup>27</sup>. Es decir que los presupuestos para poder dar vía a la excepción de contrato no cumplido son los siguientes:

1. Que la parte que exige el cumplimiento efectivamente no haya cumplido,
2. Que entre los incumplimientos mutuos haya relación de causalidad,
3. Que el incumplimiento de ambas partes sea grave al punto de no permitir el cumplimiento del objeto contractual,
4. El incumplimiento de la parte exigida ha de ser proporcional al incumplimiento de la parte que exige, so pena de pre-constituirse una mala fe.

En el mismo sentido anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto los presupuestos para incoar la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 del Código Civil.

---

<sup>26</sup> Scognamiglio, Renato. Traductor Hinestrosa, Fernando., Teoría General del Contrato., Universidad Externado de Colombia., Bogotá D.C., 1983., pp. 364.

<sup>27</sup> Ibídem., pp. 365.

*“Para proponer eficazmente la denominada excepción de contrato no cumplido, se requiere que la parte que la hace valer obre de buena fe y no se encuentre prioritariamente obligada a satisfacer las obligaciones por ella contraídas”<sup>28</sup>.*

Sin embargo, tal como hemos venido reseñando, el tema de debate se genera cuando se admite la excepción de contrato no cumplido y las partes quedan suspendidas en su cumplimiento, de ahí que se desprendan las tesis que los operadores judiciales han traído y que hemos expuesto precedentemente.

Empero, es evidente que la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil con la sentencia del 7 de diciembre de 1982, acabó el tema, con lo cual, más allá de sentar posición por una tesis de mutuo disenso tácito o una tesis que permite la acción resolutoria, lo que deberá observarse realmente es la intención de las partes para establecer si la actitud de estas es la de continuar o la de aniquilar el contrato y regresar sus efectos al estado original o precedente de la relación jurídica contractual.

Para llegar a lo anterior, es tarea en cada caso analizar muy bien el material probatorio, para llegar a establecer qué tipo de incumplimiento existió entre las partes, y si ese incumplimiento está revestido de buena fe o no. Así, se podrá establecer el real querer de las partes, y a partir de ello es que debe tomarse la decisión.

### **3.6 LA CULPA PROPIA / LA CONCURRENCIA DE CULPAS**

Se mencionó en numeral anterior de manera sucinta el concepto de la culpa, anunciándose un más profundo análisis frente a la situación a resolverse. Se expuso cómo un contratante que no esté cumplido o allanado a cumplir no puede en principio aspirar a ser indemnizado por su co-contratante de quien alega está incumpliendo, y cómo esta circunstancia puede verse agravada importantemente si además ese reclamante ha actuado con negligencia en el desarrollo de sus deberes contractuales.

#### ***“NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”***

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 11 de octubre de 1977.

Máxima de origen latino, empleada para significar que el juez no debe acogerse a las pretensiones de quien, a sabiendas de su propia culpa, busca enmendar el error cometido por ella en una determinada actuación.

El jurista francés Georges Ripert en su libro *“La Règle Morale dans les Obligations Civiles”* a propósito del aforismo *“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”* manifestó que en dicha circunstancia... *“El demandante no será escuchado por el juez, porque no es digno de ser oído”*.

Es decir, la parte no puede pretender la protección de un derecho invocando la presencia del bien jurídico a partir de su conducta.

No obstante, en la vida práctica del ejercicio del derecho, es difícil que quien tuvo la culpa poniendo en riesgo el reconocimiento del derecho que se pretende defender en el litigio la acepte, especialmente cuando media la gestión del abogado a quien se le pagaron honorarios por una diligente y responsable gestión en procura del resarcimiento reclamado.

De ahí que la evidencia solo hará su asomo en la controversia con la parte contraria y en atención a las pruebas aportadas al proceso.

En ese contexto, en la actualidad en nuestro derecho civil, se utilizan máximas escritas en latín, en el caso, la frase: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la cual puede entenderse, como "nadie puede ser oído a invocar su propia torpeza", "nadie puede alegar su propia torpeza" o "nadie podrá ser escuchado, el que invoca su propia culpa".

Esta la sentencia se aplica también cuando alguna de las partes omite en su demanda o contestación narrar hechos precisos para que proceda su acción o excepción toda vez que los hechos no pueden estar sujetos a pruebas si no forman parte de la litis, por lo que al no hacerlo, debe soportar la consecuencia jurídica.

En ese escenario, la frase *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, no resulta ser punzante ni hiriente, cuando sólo se invoca para poner de manifiesto la conclusión del juzgador en el sentido de que una de las partes omitió hacer algo que le incumbía, para su beneficio.

En lo que toca con el arraigo de la figura en el derecho colombiano en Sentencia C-083 de 1995, la Corte Constitucional puntualizó:



**“PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS/PRINCIPIO "NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA"/PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

*¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans?.*

*Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste.*

*Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato.*

*Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido.*

*Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.”*

De conformidad con Sentencia de la Corte Constitucional T-2013/08. M.P. Jaime Araujo Rentería, se planteó:

*“La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma*

*de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECHIDAS dentro del ordenamiento jurídico.]Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial.*

*Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.*

*Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.*

*Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”*

*De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante.*

*Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.*

*Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”*

De lo hasta aquí expresado en este numeral ya se colige sin dificultad la importancia de verificar por parte de los demandantes de incumplimientos, si las

actuaciones reclamadas son o no resultado de su propia negligencia, de cara a la legitimidad que ello conceda o retire al contratante que no actuó con la diligencia debida, sino que, más allá, actuó con probada negligencia. Esto sin mencionar qué ocurrirá cuando son ambos contratantes los que aportaron al contrato una importante dosis de culpas.

En razón de lo anterior, es preciso ahora acercarse a la llamada *conurrencia de culpas*. Tal como lo plantea el artículo 2357 del Código Civil<sup>29</sup>, que más adelante se tratará en detalle, la indemnización a la cual se hace acreedor quien se considera víctima de un perjuicio irrogado debe dosificarse, indefectiblemente, con fundamento en el daño que la otra parte infringió. Y se debe hacer referencia a la relación de causalidad, por cuanto ésta es determinante en la decisión del fallador.

Mal haría quien sostuviese que la víctima puede contribuir a su propio daño, quedando exculpada y, correlativamente, obligando a un tercero que también infringió la conducta a responder por la totalidad del perjuicio.

Por consiguiente, la indemnización a que debe ser condenada una persona que irroga un perjuicio sobre otra dependerá, exclusivamente, de la proporción en la que haya o no ella contribuido al daño causado.

La concurrencia de culpa tiene lugar cuando a la producción de un mismo daño concurre la conducta de un tercero, además de la propia víctima, de modo que faltando una de ellas, el daño no se hubiera producido. En este caso, se produce una compensación, de modo que debe otorgarse una indemnización menor o incluso puede no existir indemnización, porque la víctima contribuyó con su imprudencia, a la producción del daño.

La concurrencia de culpa, comporta, como consecuencia, la ponderación de la contribución de la víctima en la producción del daño y la consiguiente moderación de la responsabilidad.

Para la exoneración de la concurrencia de culpa, debe estar probado que efectivamente concurrió negligencia de la víctima o que el daño proviene de la conducta exclusiva del perjudicado.

Puede ocurrir, por ejemplo, que coexista un hecho extraño y el de un tercero que ocasionan, entre los dos, un daño a un individuo. De igual manera, puede suceder

---

<sup>29</sup> "ARTICULO 2357. C.C..- REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

que la víctima contribuya a su propio daño, caso en el cual injusto sería adjudicar la indemnización de la totalidad del daño a el tercero que irrogó parte del perjuicio.

En este escenario, además de la actuación culposa del agente, tendiente a generar un daño o perjuicio a una víctima, también interfiere una actuación o una omisión negligente o culposa de la víctima. En ese contexto, es preciso advertir que el ordenamiento civil permite que se gradúe la pena del agente con ocasión del actuar indebido de la propia víctima.

El artículo 2357 del Código Civil, atrás mencionado, hace parte del Título de la “responsabilidad común por los delitos y las culpas”, y establece el rasero que el juez aplicará en materia de resarcimiento en el evento de establecerse que el daño que se reclama es el resultado de la desatención, imprudencia, impericia o negligencia de quien lo demanda.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, en sentencia del 18 de diciembre de 2012, Exp: 00172, dispuso:

*“Cuando un perjuicio es el resultado de la concurrencia de causas que provienen tanto de la conducta del agente como de la propia víctima, el juez debe reducir la indemnización conforme lo establece el artículo 2357 del Código Civil”<sup>30</sup>. (Bastardillas fuera del original)*

De lo dicho, es posible inferir que, el juez deberá disminuir el valor de la indemnización en cabeza del demandado como considere conveniente, si tenemos en cuenta que la norma no establece una tasación de la pena. Sobre el particular, dispuso el mismo fallo:

*“Pero como la ley nada dice acerca del método ni el porcentaje que han de tenerse en cuenta para realizar esa reducción, es al juez a quien corresponde establecer, según su recto y sano criterio, y de conformidad con las reglas de la experiencia, en qué medida contribuyó la acción del perjudicado en la producción del daño”.* (Bastardillas y subraya fuera del original)

Ha de tenerse en cuenta, dice la Corte, la incidencia que tiene la culpa de la víctima en el daño a reparar, lo que nos permitiría concluir que, si la negligencia

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil – MP: Ariel Salazar Ramírez – 18 de diciembre de 2012 – Exp: 00172

del afectado es muy relevante para dar lugar a la ocurrencia del daño, podría incluso exonerar al agente de responsabilidad. Sobre el particular recalca:

*“Tal coparticipación causal –ha sostenido esta Corte– conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, en la medida de la incidencia del comportamiento de la propia víctima en la producción del resultado dañoso<sup>31</sup>”.* (Bastardillas fuera del original)

Nodular importancia ha cobrado la figura de la concurrencia de culpas en el ámbito contencioso-administrativo, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado tuvo en cuenta la disposición normativa del Código Civil en sentencia del 14 de mayo del 2012, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, para evaluar la apelación de un fallo en el marco del medio de control de *reparación directa*.

Allí reiteró que ha de evaluarse la importancia de la culpa de la víctima, en relación con el daño sufrido, para establecer verdaderamente el monto indemnizatorio que le corresponde al demandado, o si incluso podría exonerarse de responsabilidad si la culpabilidad de la víctima resulta determinante en el nexo causal que desencadenó el daño en discusión.

Con todo, se tiene que el fallador, sea en derecho administrativo, sea en responsabilidad aquiliana o civil contractual, está habilitado para evaluar, bajo las reglas de la sana crítica y la lógica, el acervo probatorio a fin de desenmarañar si el perjuicio que la víctima alega irrogado contra ella es únicamente atribuible a un tercero o, si, por el contrario, aquélla tuvo relación directa con el daño que tuvo que soportar. Supuesto este último que habilita al fallador para graduar o, incluso, exonerar de indemnización alguna al tercero, cuando encuentre que la relación de causalidad entre el actuar de la víctima y la realización de perjuicio es evidente.

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009, expediente 11001-3103-038-2001-01054-01, M.P.: William Namén Vargas, se refirió al tema y realizó un juicioso estudio que concluye en que frente a conductas recíprocas de las partes que hicieron que la ejecución de las obligaciones a su cargo se tornasen incompletas o defectuosas, bien como resultado de su propio actuar o como consecuencia de su omisión permanente en corregirlas, traerá como sanción la pérdida de la posibilidad de un resarcimiento indemnizatorio, incluyendo allí indemnizaciones pre-acordadas tipo cláusula penal,

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil – MP: Arturo Solarte Rodríguez – 16 de diciembre de 2016 – Exp: 00042.

siendo de cargo del juez su modulación, todo de acuerdo con el nivel de impacto de su accionar o de su abandono, según sea el caso, imputable al contratante omiso o negligente.<sup>32</sup>

Se está en presencia de un supuesto especial de concurrencia de culpas o de causas cuando en la producción del resultado interviene, a su vez, la negligencia o falta de diligencia del propio perjudicado, lo que implica que tanto el actuar del agente como el del propio perjudicado intervienen en la producción del daño,

---

<sup>32</sup> “Ha sido grande el esfuerzo de la jurisprudencia por despejar cualquier duda sobre la aplicación del artículo 2357 del Código Civil y, en ese cometido, ha recalcado que “en el examen de la causa del daño que debe hacerse para deducir si ésta proviene del ejercicio de la actividad peligrosa o del hecho o culpa de la víctima, debe guardarse el sentenciador de establecer, según un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia de una u otra, para ver cuál se excluye o si ambas concurren en la realización de aquél. En dicha tarea evaluativa no se puede pasar por alto, entonces que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso. Tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: Que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. (v. G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV Exp. No. 11001-3103-038-2001-01054-01 104 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, entre otras); principios en los que se funda la llamada “compensación de culpas”, concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de “repartir” el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser “compensadas” tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí. Es así como esta Corporación, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, ha predicado que «... La reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas, lo cual quiere decir que **cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa...**», (G. J. Tomo CLXXXVIII, pág. 186, antes citada)...” (Sent. Cas. Civ. de 25 de noviembre de 1999). A la larga, no hay como engranar la responsabilidad objetiva con la compensación de culpas prevista en el artículo 2357 del Código Civil, porque este último evento requiere, precisamente, contrastar la culpa del demandante y la culpa del demandado para ver de establecer cuál de ellas tuvo mayor incidencia en el República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil WNV Exp. No. 11001-3103-038-2001-01054-01 105 hecho dañoso, a fin de hacer las reducciones a que haya lugar, ejercicio que resulta imposible si la culpa de este último se deja de lado por ejercer una actividad peligrosa. Baste un ejemplo para demostrar el anterior aserto. En la sentencia de casación de 19 de diciembre de 2006, se puso en consideración de la Corte -en sede de instancia- la ocurrencia de un choque entre una buseta de servicio público y una motocicleta, habiéndose hallado que los conductores de ambos vehículos tuvieron culpa en el accidente, razón por la cual “sopesando ambas conductas” la Corte encontró “que la culpa estuvo en mayor grado, en un 70%, conforme a las elucidaciones que siguen, en el chofer de la buseta”. Si a ese caso se le hubiere dado el tratamiento de una responsabilidad objetiva, como ahora lo sugiere la Corte frente a una actividad peligrosa, una graduación de esa naturaleza no habría sido posible, porque no se podría auscultar la culpa de las partes y su incidencia en la ocurrencia de los hechos. La atribución de una responsabilidad objetiva indicaría -a primera vista- que cada uno de los sujetos en contienda, al ejercer actividades de esa especie, tendría que sufragar, sin más, los daños causados a la otra, solución que parece reñir con la lógica y la justicia del caso. Ese, pues, es un vacío que deja la aplicación de la responsabilidad objetiva, que más que aclarar, siembra incertidumbres que hasta ahora no se tenían, o que a lo sumo eran menores. (Subrayas y negrillas fuera)

debiéndose tener en cuenta la incidencia que en el daño ha tenido la conducta del propio perjudicado, por cuanto ésta:

- **a)** puede ser de tal entidad que exonere al agente, al ser la conducta del perjudicado el único fundamento del resultado,
- **b)** o por el contrario, la conducta del perjudicado sea de tan escasa entidad o relevancia que no tiene incidencia alguna en el resultado, por lo que el agente responderá en su integridad del resultado dañoso; y
- **c)** por último, si ambas conductas inciden en el resultado dañoso, se producirá la distribución de la obligación de reparar el daño causado, lo que ocasionará la compensación, con una rebaja de la cuantía indemnizatoria.

La doctrina y la jurisprudencia entienden que la obligación de reparar del causante de los daños debe verse disminuida en su intensidad y cuantía si concurre culpa del propio perjudicado, y ello con base en el artículo 2357 del C.C., ya citado, faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de una culpa.

El criterio de la integridad de la reparación, en consecuencia, no es absoluto, admitiéndose la posibilidad de reducir la indemnización que haya de corresponder al perjudicado en determinados casos, recogiendo del precepto citado una facultad de moderación judicial de la responsabilidad que se hubiera demostrado por cualquier mecanismo idóneo para el efecto.

En la determinación de la gravedad de las culpas concurrentes el juez atenderá a cuál de las partes ha causado predominantemente el daño para reducirle la indemnización, y si la responsabilidad del perjudicado ofrece especial intensidad, puede absorber a la del agente y exonerarle, toda vez que la culpa de la víctima rompe el nexo causal generador de la carga indemnizatoria.

### **3.7 EL CONTRATO DE OBRA MATERIAL**

Se anunció que sería materia de especial análisis para este Tribunal lo que atañe con el denominado Contrato de Obra, sus características, condiciones y muy puntualmente, su terminación, haciendo importante énfasis en esa terminación cuando ella es el resultado de la decisión unilateral del ordenante de la obra, tal y como la ley civil expresamente lo consagra.

### 3.7.1 Contrato de obra material:

Previo a definir las características especiales del contrato de obra material, contempladas en el Título XXVI del Libro IV de nuestro Estatuto Civil, es importante establecer que sus orígenes datan de la antigua expresión “*locatio conductio operis*” o arrendamiento de obra del Derecho Romano, en el cual el “*locador*” entregaba al “*conductor*” una cosa, no para su uso y disfrute (contrato de arrendamiento) sino para realizar sobre aquél una obra, con la obligación a su finalización de devolverla, significando que la locación de obra o contrato de obra material y la locación de cosas o contrato de arrendamiento tienen en común el pago del precio y se diferencian en que en la primera, el pago es por el precio de la obra y en la segunda el pago es por el uso o goce de la cosa.

Lo anterior, nos permite establecer que el contrato para la confección de una obra material incluye la obligación de una parte para con otra, a la ejecución de un diseño, construcción, remodelación o conservación de un bien, todo por el pago de un precio.

La Jurisprudencia, ante la ausencia de norma en concreto, ha definido el contrato de obra como:

*“... El contrato de obra consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración, sin mediar subordinación ni representación, además éste es un contrato **típico, consensual, bilateral, principal y por regla general oneroso**, que se encuentra regulado en los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, previéndose particularmente en el artículo 2060 de tal ordenamiento lo relativo a la construcción de edificaciones...”* Subrayas fuera de texto (Sentencia No. 110013103034200800202-01 de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 29 de enero de 2014).

En virtud de lo anterior, vale la mención para verificar en lo que concierne con el contrato materia de la discusión de este escenario arbitral, por lo se tiene entonces que el contrato de fecha 15 de noviembre de 2013 es:

1. Contrato **bilateral** toda vez que como se advierte, existe el contratante JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN y la contratista JUAN MALDONADO JLMG LTDA, ambas partes quienes tienen a su cargo serias obligaciones, tales como las estipuladas en las cláusulas tercera (para el contratista) y cuarta (para el contratante);



2. **Oneroso**, por cuanto se convino un valor que corresponderá al *“resultado de multiplicar el área total construida por el precio y/o el valor pactado por m2 (metro cuadrado) construido y acabado”*, esto es, la parte contratante paga al contratista el valor o precio de la obra<sup>33</sup>.
3. **Consensual**, por cuanto se perfeccionó con el acuerdo de las partes, que para el caso, se hizo el 15 de noviembre de 2013 *“...se perfecciona por el acuerdo de las partes en la obra que se encarga y el precio. No se puede mirar el perfeccionamiento del contrato ante el resultado de la obra, sino desde la convención misma...”*<sup>34</sup>
4. **Conmutativo**, porque se estipuló que el valor del contrato, en metros cuadrados, correspondería a la suma de \$1.250.000 para la vivienda principal y la suma de \$900.000 para la vivienda de servicios complementarios, por lo que debe entenderse que en el valor del contrato se encuentra incluida la ganancia o utilidad del contratista. Adicionalmente, porque el precio pagado por la obra debe corresponder o guardar relación con la obra ejecutada y porque las obligaciones de las partes quedan determinadas y son conocidas por ellas desde la celebración del contrato.
5. De **tracto sucesivo**, ya que se señalaron diversas actividades a cargo del contratista y que no sólo correspondían a la ejecución de la obra, incluso, se estableció la forma de pago del valor del contrato de acuerdo con las actividades desarrolladas o ejecutadas por el contratista.
6. **De resultado**: el deudor se obliga a ejecutar una obra determinada y garantiza la verificación del resultado convenido.

---

<sup>33</sup> Artículo 1496 del Código Civil, ... “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. “... Es sabido que en un contrato de obra, las partes pueden introducir modificaciones y cambios tanto en el plazo como en el precio inicialmente pactados, o en cualquier aspecto de la relación obligatoria sin que se altere la índole o clase de contrato, siempre que no se cambie el objeto del mismo. Y menos todavía, cuando los contratantes convienen que se pueden hacer modificaciones o adiciones, como en el caso presente: en el anexo A, que las partes aceptaron formar parte integrante del contrato, en el numeral 3º, expresamente se consignó que... Chace se reserva el derecho de hacer cambios en el trabajo, y de aumentar o disminuir la suma pagable al contratista consecuentemente...”

El contrato, por tanto, es el mismo querido por las partes, solo que las modificaciones de obra o los trabajos adicionales realizadas en los términos del contrato, han de reportar las consecuencias económicas correspondientes...”(Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 21 de Noviembre de 2001, TOTAL INVERSIÓN INMOBILIARIA LTDA vs THE CHASE MANHATTAN BANK).

<sup>34</sup> Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, décima quinta edición, Ediciones Librería del Profesional, José Alejandro Bonivento Fernández, página 543.

Sobre este especial concepto es oportuno en ese sentido revisar lo expresado en el Laudo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 16 de febrero de 2004, CONAVI vs CONCONCRETO S.A.:

*“... como quiera que el empresario asume el deber de ejecutar la obra en los términos que se convienen, el resultado, de ese modo, debe estar en consonancia con el deber negocial. Por eso, se afirma que la obligación del artífice de una obra es de resultado, y no de medio... La obra debe ejecutarse en los términos convenidos, asumiendo aquel, como se dijo, la obligación de resultado: la entrega en la forma prevista y sin que adolezca de defectos o imperfecciones que atenten contra la estabilidad e integridad de la obra. De ese modo, la responsabilidad se radica en cabeza del constructor por el resultado buscado y solo podría exonerarse si prueba una causa extraña: fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de un tercero o la culpa del dueño o contratante...”*

...lo que significa claramente, que la terminación de la obra en las condiciones convenidas, será el modo natural del cumplimiento de la obligación contenida en cada caso, y no bastará simplemente alegar que se hizo el mejor esfuerzo para así poderlo realizar, para que se tenga por debidamente atendida la carga contractual.

De acuerdo con la cláusula segunda del contrato en estudio, es evidente para el Tribunal que las partes manifestaron y aceptaron expresamente la forma en que sería ejecutado el contrato: *“El presente contrato será ejecutado en los plazos estipulados al inicio del presente documento, para realizar la consultoría general y la ejecución de obra, contados a partir de la suscripción del presente contrato para la ejecución de la consultoría general del proyecto y el plazo de ejecución de obra de acuerdo a los cronogramas y firma del acta de inicio de obra respectiva por las partes antes mencionadas.”*, lo cual no necesariamente conllevará, como adelante se examina, a que efectivamente así consecuentemente se hiciera.

- 7. Es intuitu personae:** Esta característica del contrato supone la experiencia y conocimiento técnico del contratista que ejecuta la obra y de allí que la celebración y suscripción del contrato de obra material tenga en cuenta las calidades del ejecutor de la obra.

Esta condición se resalta hasta tal punto que la muerte del contratista, creador o ejecutor de la obra, así como una eventual liquidación de la persona jurídica contratista, resuelva el contrato en los términos del artículo 2062 del Código Civil que señala expresamente:

*“Todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario; y si hay trabajos o materiales preparados que puedan ser útiles para la obra de que se trata, el que la encargó será obligado a recibirlos y a pagar su valor; lo que corresponda en razón de los trabajos hechos se calculará proporcionalmente, tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra...”.*

- 8. Incluye obligaciones de colaboración entre las partes:** Esencialmente, porque es un contrato de tracto sucesivo en el cual las partes deben tener estrecha colaboración e información permanente sobre la ejecución y el avance del contrato de obra material.

En el contrato objeto de litigio, las partes convinieron a lo largo de su texto sendas y expresas obligaciones de colaboración siendo de destacarse del texto del contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 del 15 de noviembre de 2013, lo que sigue:

- Cláusula tercera, “obligaciones del contratista”, donde se pactan algunas de las obligaciones a cargo del convocante, entre ellas, la dirección técnica, administrativa y financiera del proyecto; compra y pago de todos los materiales y equipos; informar al personal escogido para el proyecto sobre las características del proyecto, entre otras, y
- Cláusula cuarta, “obligaciones del contratante”, que corresponden al pago del anticipo para inversión en la obra, el suministro de los recursos económicos necesarios para el normal desarrollo del proyecto y el libre acceso al inmueble donde se convino la ejecución de la obra.

Estas referencias al contrato arrimado, denotan sin hesitación las obligaciones de mutua colaboración que formalmente se pactaron entre los litigantes, condición que es tal vez una de las determinantes para la existencia de este tipo de relación jurídica de realización de obras por un artífice.

La jurisprudencia arbitral ha sostenido sobre estas obligaciones de colaboración como fundamento para el Contrato de Obra que,

*“... Tomando en consideración que la relación jurídica creada por el contrato está compuesta de obligaciones (que pueden ser con prestaciones recíprocas, con prestaciones plurilaterales autónomas o con prestación unilateral), se crea así entre deudor y acreedor un deber de colaboración mutua para alcanzar la finalidad buscada de la manera que convenga mejor*

*a los intereses de ambos, sin desnaturalizar, desde luego, lo estipulado en el contrato...*” (Laudo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 11 de octubre de 2004, ISMOCOL S.A. vs PETROBRAS COLOMBIA)

Atendiendo entonces la jurisprudencia citada, es evidente para este Tribunal que el contrato suscrito entre las partes, corresponde al tipo de contrato de obra, como negocio jurídico, en el cual la sociedad JUAN MALDONADO JLMG LTDA se obligó a favor de los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN en su condición de contratantes, a entregar determinada y específica obra, acorde con los presupuestos establecidos en el contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 del 15 de noviembre de 2013. , pudiendo concluirse que no hay prueba que establezca que, a lo menos ese aspecto, no fue modificado por los intervinientes en el devenir contractual durante la duración de su relación.

La doctrina ha sostenido que el objeto del contrato de obra civil *“es la obra material, sin representación alguna del empresario, la que impone la naturaleza y efectos del contrato en estudio...”*<sup>35</sup>, lo que conlleva a sostener esa absoluta independencia que las partes mantienen, donde ninguna obra como agente, mandataria ni representante de la otra.

Respecto de la obra material, en la cláusula primera del contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 del 15 de noviembre de 2013 se señaló como objeto, que el contratista JUAN MALDONADO JLMG LTDA<sup>36</sup> se comprometió simplemente a desarrollar y elaborar la obra convenida, siendo evidente para el Tribunal que las obligaciones de colaboración pactadas en las cláusula tercera y cuarta del contrato celebrado entre las partes, no se incluyeron obligaciones o facultades de representación del contratante y por tal razón no existe ninguna clase de mandato.

### **3.7.2 La terminación del contrato de obra:**

Reviste especial importancia este espacio de estudio, toda vez que la ley civil al consagrar la regulación de la tipología de contrato que nos ocupa, quiso precaver

---

<sup>35</sup> Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, décima quinta edición, Ediciones Librería del Profesional, José Alejandro Bonivento Fernández, página 541).

<sup>36</sup> “Se obliga a ejecutar para el contratante los diseños arquitectónicos, diseños y complementarios, estudios técnicos, obtención de la licencia de construcción y ejecución de obra para la construcción de una vivienda tipo unifamiliar campestre altura dos (2) pisos más obras exteriores y una (1) casa de servicios complementarios altura un (1) piso, localizada en la vereda El Roble del municipio de Villa de Leyva, de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y de materiales diseñados en la consultoría general del proyecto, por su cuenta y riesgo, hasta el valor del contrato incluida la consultoría, la cual forma parte del presente contrato...”.

la ocurrencia de hechos y circunstancias que hicieran que no fuera posible la continuación de la obra encargada, estableciendo la facultad del ordenante de la misma para disponer, con el lleno de algunas condiciones, la terminación unilateral, definitiva y liberatoria de la relación contractual que se venga ejecutando.

El contrato de obra civil termina:

1. Por la ejecución total, entrega y pago de la obra contratada en el plazo acordado.
2. Por la determinación unilateral del contratante o quien encarga la obra.

En términos generales, lo vimos al examinar el carácter vinculante de la voluntad de las partes asimilable a la ley, los contratos no pueden rescindirse por decisión unilateral de uno de los contratantes, regla que admite excepción en la relación contractual referida a la confección o construcción de una obra material y cuya potestad radica esencialmente en cabeza del locatario o dueño de la obra, puesto que pueden sobrevenir circunstancias que la misma ley no establece y que pueden ser de índole económico, fáctico o de cualquier otro orden y que le imposibilitan continuar soportando el contrato, resolviendo tal relación mediante el desistimiento, que implica de toda forma, el pago al artífice, locador o contratista de todos los costos y gastos de la obra realizada y las presuntas ganancias.

El Artículo 2056 del Código Civil establece en su inciso 2°:

*“...Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.”*

Es de mencionarse por el significado que ello implica, la ubicación consecucional de la prerrogativa de terminación unilateral que estos contratos contiene, más específicamente por encontrarse ella en el inciso 2° del artículo transcrito.

Se resalta esta circunstancia, toda vez que el inciso 1° de la misma norma señala la suerte de la terminación del contrato de obra cuando ella es el resultado de la aplicación de las normas generales (art. 1546 C.C.) que antes profusamente se estudiaron, solo que al reglar en el inciso segundo la terminación unilateral atribuida al locatario, ya señala la presencia de un elemento de equidad en tal actuación, puesto que, en el entender del Tribunal, cuando la terminación de este contrato tenga el sendero de la acción resolutoria, la distribución y determinación

de las restituciones será la general aplicada, pero cuando ella sea como resultado de esta unilateral facultad, de todas maneras hay que hacer ciertas restituciones - que expresamente señala la norma- y que explica el porqué del uso de la expresión *“Por consiguiente”* que encabeza el citado inciso 2°, como la antesala de ese criterio de equivalencia de condiciones que quiere la ley deba mantenerse.

Se destaca entonces, en el caso en examen, que la voluntad de las partes JUAN MALDONADO JLMG LTDA y los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, que derivó en la firma del contrato de obra civil JLMG-VUFC-VDL-09-2013, contempló intrínsecamente la posibilidad legal de dar por terminado de manera unilateral el contrato, conforme al artículo 2056 del Código Civil, circunstancia que se encuentra en cabeza de la parte contratante, con el consecuente deber de pago o reembolso de todos los costos, del reconocimiento del trabajo hecho y de la ganancia o utilidad de la obra ejecutada.

Sobre la terminación unilateral del contrato de obra, es oportuno revisar lo que se dijo en el laudo Arbitral del Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 15 de marzo de 2001, CONSTRUCTORA MAZAL LTDA vs INVERSIONES GBS LTDA:

***“...El propio Código Civil, en su artículo 2056, autoriza al dueño de la obra a terminarla en cualquier momento, unilateralmente y sin justa causa, facultad esta excepcionalísima que obliga a dicho contratante a reembolsar al contratista todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra...”*** (Negrillas fuera)

Si bien en el contrato de obra civil JLMG-VUFC-VDL-09-2013 no se estipularon cláusulas específicas para su terminación, bien de manera justificada, bien por decisión unilateral de alguna de las partes, se tiene que el artículo 1546 del Código Civil establece que,,,*“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado...”*, debe tenerse en cuenta que la decisión adoptada por parte del contratante, JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, de dar por terminado el contrato, así se hubiera querido decir que estaba enmarcada dentro de la hipótesis del inciso 1° del art. 2056 op.cit, no era así en razón a lo efectivamente acontecido y a lo expresamente alegado por su apoderado en su alegato conclusivo, sino que se encuadraba dentro del supuesto del inciso 2° de la misma disposición, y conllevaba las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 2056 citado, para que se hiciera efectiva la terminación unilateral del contrato con base, no en

los supuestos incumplimientos de la contratista sino en la prerrogativa legal de la norma en comento.

Sobre la terminación unilateral del contrato de obra se dijo en sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01 del 30 de agosto de 2011, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia:

*“... Análogamente, el legislador o, las partes, ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual, pueden disponer la terminación unilateral del contrato. La figura, describe hipótesis de cesación, extinción o terminación del contrato por acto dispositivo unilateral de una parte y engloba un conjunto heterogéneo de supuestos señalados con expresiones polisémicas, disimiles y anfibológicas, tales las de desistimiento unilateral, receso, retracto, destrato, disolución, renuncia, revocación, rescisión, resiliación o resolución unilateral convencional, cláusulas resolutorias o de terminación unilateral expresas, denuncia de contrato a término indefinido, terminación in continenti por incumplimiento esencial, grave e insuperable, entre otras. (...)*

*En la legislación patria carece de disciplina general y se establece en múltiples supuestos. Ad exemplum, entre otras hipótesis: El ordenante de una obra puede cesar su confección reembolsando gastos, el valor del trabajo y la ganancia del artífice (artículo 2056, Código Civil) ...”.*

Para los propósitos que nos ocupan sea de puntualizar que la facultad tan mencionada del artículo 2056 del C.C., no es una prerrogativa plana, pura y simple, sino que presupone el cumplimiento de otras cargas para que ella pueda considerarse atendida a derecho y liberatoria del contrato que se termina, cargas que por involucrar actuaciones propias de un deudor que atiende obligaciones, en este caso impuestas por la propia ley -el reembolso de gastos y cancelación de la obra ejecutada y la entrega de “...lo que hubiera podido ganar en la obra”- el concepto del pago de las mismas y su carga probatoria, es de imperiosa observancia.

Para precisar el asunto baste puntualizar que conforme el Artículo 1626 del Código Civil Colombiano consagra: “*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe*”, por lo que para que un pago se considere válido deberá coincidir lo entregado con lo adeudado.

Si se analiza la definición de obligación como la ... “Relación *jurídica entre dos o más personas por la cual una de las partes, acreedor, puede compeler a la otra, deudor, a llevar a cabo una prestación*”, el acto de pagar una obligación, encaja en ella plenamente, por cuanto, es la respuesta efectiva como consecuencia del constreñimiento a cumplir, haciendo algo, o sea realizando efectivamente el pago de la obligación y extinguiéndose así, de manera natural, la obligación contraída. Es un acto positivo y extintivo.

La acción de pagar una obligación se enmarca claramente en su definición, por cuanto con ella, en un acto positivo, el deudor, en este caso quien se encuentra obligado a cumplir con una obligación, ejecuta su acción cancelando efectivamente la deuda contraída. Es un acto natural, consecuente y proporcional a la acción que lo precede.

La manera más propia y perfecta de extinguirse la obligación es precisamente por el cumplimiento, pago o *solutio*: como efecto del cumplimiento se produce la extinción. Esta extinción, pues, no es de la esencia de la obligación, es solo un efecto resultante del cumplimiento, como una consecuencia lógica- además de jurídica- que es propia de dicho cumplimiento.

El pago, asimilado a la acción de pago constituye la finalidad de la obligación, pues a través de él se alcanza el objeto perseguido por la obligación... es el momento esencial y culminante que ocurre en plena vida de la obligación.

Según Ambrosio Colin y Henry Capitant, el Pago, “*es el hecho de cumplir la obligación*”<sup>37</sup>, es decir, de realizar la obligación que dicha prestación impone al deudor: entrega de la cantidad de dinero, del objeto debido o la realización del hecho prometido. La palabra tiene por lo tanto en el lenguaje jurídico un sentido más comprensivo que en el lenguaje corriente. Se puede decir que es sinónimo de cumplimiento. Pagar es cumplir su obligación.

De tal suerte se tiene, que el modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de esas prestaciones.

Para Guillermo Ospina Fernández el pago es:

---

<sup>37</sup> COLIN y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil : teoría general de las obligaciones. Pago. Madrid : Reus S.A., 1924. Pág. : 162.



*“El modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de esas prestaciones. El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexo jurídico que los unía se extingue, se soluciona por regla general”<sup>38</sup>.*

Según Fernando Hinestrosa ...

*“El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexo jurídico que los unía se extingue, se soluciona, por regla general”<sup>39</sup>.*

De todo lo hasta aquí expresado se resalta por muy clara y precisa la definición que de Pago traen los doctrinantes Planiol y Ripert:

*“...el pago es el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho debido. Pagar en lenguaje jurídico no es solamente entregar una suma; sino también cumplir las obligaciones cualesquiera que sea su objeto”<sup>40</sup>...*

El pago pues es el modo normal de extinguir las obligaciones; estas fueron creadas para extinguirse mediante el mismo.

De la mano de este concepto que faculta al ordenante de la obra a finalizar el contrato, mediando ese pago liberatorio del Contrato de Obra Material por parte del contratante, está el de la manera como ese pago debe realizarse, pues no de cualquier manera puede tenerse como atendida por el revocante la debida manera como esa facultad legal debe ejercerse.

Así toma importancia el concepto de Identidad del Pago, desarrollado por el artículo 1627 del Código Civil Colombiano:

*“El pago se hará bajo todos los respectos de conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las*

---

<sup>38</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones: pago. 5 ed. Bogotá: Temis S.A. 1994. Pág. : 309.

<sup>39</sup> HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones concepto, estructura, vicisitudes: pago. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Págs. : 560-683.

<sup>40</sup> PLANIOL y RIPERT. Traité Élémentaire de Droit Civile. 3 ed. París, 1946.

*leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”*

Esto quiere decir que la cosa ofrecida en pago no puede tener ninguna variante respecto de la contenida en el tenor de la obligación, bajo ningún pretexto, trátase de obligación contractual o legal (de dinero), de dar, hacer o no hacer.

Puesto este punto en contexto con el artículo 2056 tan citado, será pues carga del revocante acreditar que los rubros que la ley le impone atienda para tener legalmente terminado este tipo de contrato están acreditados debidamente, so pena de que esa terminación unilateral no quede cobijada bajo la legalidad que ese artículo 2056 quiere suministrarle.

Del desarrollo de este especial tipo de pago debido, sea de mencionar, en una simple aplicación del texto legal en estudio, que por él no contener ni plazo ni condición para la atención de estas cargas, esta obligación se tendrá como una de aquellas que la doctrina conoce como “pura y simple”.

En la obligación pura y simple se confunden su nacimiento y la obligación de cumplimiento o exigibilidad; mientras que, en las obligaciones a plazo, no obstante existir la obligación, su cumplimiento solo puede demandarse después de que llega el tiempo prefijado para el pago. En estos casos el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de la obligación antes de llegada la fecha de pago, a no ser que se presenten los hechos tipificados en el Artículo 1553 del Código Civil Colombiano, casos en los cuales se puede exigir el pago anticipado.

Igualmente sucede en las obligaciones condicionales, las cuales solo podrán ser exigidas al cumplimiento de la condición. El Artículo 1542 del Código Civil Colombiano así lo preceptúa: *“No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”*.

Por no ser esta -la obligación de reembolso, pago de lo ejecutado y del monto de la utilidad de la obra revocada- una obligación modal, para alegarla como cumplida deberá ella pagarse concomitantemente con la citada revocatoria en las condiciones y montos en que de conformidad con la obra ordenada se den al momento de la asunción de la decisión de finalización contractual por esta vía.

Todas estas reflexiones son el soporte para sostener, que el uso de la facultad consagrada en el artículo 2056 del Código Civil, tantas veces citado en estas líneas, va necesaria e íntimamente ligado, con el del pago de las cargas allí consagradas, en los términos y alcance de lo aquí expuesto. De forma tal que, ya

lo anunciamos, de ello no coincidir, cualquier revocatoria hecha, huérfana de este pago legalmente impuesto, se deberá tener como indebida y en contra de los preceptos regulatorios de este tipo de contrato.

En tal sentido, el Laudo de Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 4 de mayo de 2004, BELLSOUTH COLOMBIA S.A. vs RECUPERACIÓN Y COBRANZAS S.A. señaló:

*“... podría empalmar, por la vía de la analogía, con lo dispuesto por el artículo 2056 del Código Civil para el contrato de confección de obra material, en concordancia con la remisión del 822 del Código de Comercio, que en su segunda parte acepta que un contratista tendrá derecho a su remuneración total si el contratante, en uso del derecho que en dicho artículo se le confiere, hace cesar la ejecución contractual. En últimas, **lo anterior significa, a juicio de la doctrina, que la ley fija los perjuicios de esta rescisión unilateral del contrato o de la prestación, en aquello que precisamente era esperado por el contratista...**”* (Negrillas fuera)

Estas decisiones arbitrales han tenido igual desarrollo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, especialidad civil, cuando se dijo en sentencia No. 110013103034200800202-01 de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 29 de enero de 2014:

*“...Finalmente es de relieve recordar que en este tipo de contratos existe la posibilidad de reclamar perjuicios por incumplimiento del acuerdo de voluntades conforme a las reglas generales dictadas para los contratos; **así mismo existe la facultad particular que habilita al comitente o el dueño de la obra en cualquier momento para poner fin al contrato, pero en estos eventos se debe reembolsar al artífice o constructor todos los gastos en que hubiere incurrido pagando el precio de la obra que se hubiere realizado de forma parcial y lo que éste hubiere podido ganar de haberla culminado en forma adecuada (Art. 2056 C.C.)...**”* (Negrillas fuera)

Según el principio general de que a quien propone una excepción le corresponde la carga de la prueba en que esta se funda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, al deudor que alega haber pagado una obligación le corresponde acreditar ese pago, bien sea con la carta, o con los recibos respectivos, o con otra prueba idónea para el efecto, como la confesión del acreedor, por lo que será el locatario que ha hecho uso de esta prerrogativa

revocatoria quien deberá acreditar válidamente su cumplimiento debido al tenor de las normas que la consagran.

### **3.7.3 La confianza legítima en el contrato de obra civil:**

En el contrato de confección de obra material, es fundamental la confianza de las partes, quien encarga la obra a un artífice lo hace con el convencimiento que el encargo de la obra será cumplido y éste confía que recibirá el pago del costo de la obra y su utilidad.

Ha entendido la jurisprudencia arbitral sobre la confianza legítima lo siguiente, expresado en decisión de fecha 5 de mayo de 2016, CHANGE CONSULTING GROUP S.A.S. y CONSTRUCTORA VIALPA S.A. vs OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A. y otros,

*“... se explica fácilmente bajo el entendido de que una relación que suponga una mayor credibilidad en el otro, genera menos necesidad de sagacidad o desconfianza en el otro...(...)*

*Los principios establecidos por la doctrina y jurisprudencia evidencian que la confianza legítima es un fundamental principio de las relaciones sociales que, partiendo de la buena fe, implica un grado de comportamiento sano y leal entre las personas. Al mismo tiempo, implica que para poder predicar la existencia de dicho principio se requiere que hayan existido elementos objetivos y perdurables en el tiempo que generen en quien reclama la confianza legítima expectativas veraces para su adquisición, lo cual se da con mucha mayor facilidad en los eventos de “relaciones de la más alta buena fe” o de “confianza particular”, así como en los contratos “uberrimae fides”...”.*

Para el Tribunal Arbitral es evidente que entre las partes JUAN MALDONADO JLMG LTDA y los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, existió, como elemento esencial del contrato de obra material, una confianza legítima enmarcada por la ejecución del contrato conforme a las obligaciones estipuladas y aceptadas por las partes<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> “... para que un contrato sea ejecutado de buena fe es indispensable cumplir con todas las obligaciones que se derivan de este, incluyendo aquellas que las partes no pactaron pero que se encuentran en la ley, cuya observancia es presupuesto necesario para la validez y ejecución de toda obligación convencional...”. Fernando Pico Zúñiga, El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente, página 290, 127 Vniversitas, 127-308(2013).

Visto entonces que las partes en litigio han convenido un contrato de obra a través del cual la parte contratista se obliga a la confección o construcción de un proyecto y por ende a la entrega de una obra ya concluida, y el contratante a pagar por aquella y a recibirla a su entera satisfacción, se tiene que en virtud del perfeccionamiento del contrato de obra material objeto de litigio y con ocasión a la decisión unilateral del contratante, surgieron a la vida jurídica la obligatoriedad de la atención de aquellas expectativas mutuas y legítimas consagradas en inciso 2º, parte final del artículo 2056 del Código Civil. (...” *lo que hubiera podido ganar en la obra*”)

Se dice mutuas, porque ambas partes, contratante y contratista, suscribieron el contrato con el firme propósito de obtener beneficios, y legítimas, porque la suscripción del contrato implicaba su cumplimiento.

Si bien es cierto el contratante puede dar por terminada la ejecución de la obra, no por ello se encuentra facultado para despojar al contratista del reconocimiento de lo que hubiera podido ganar con la obra, o desconocer el valor de la obra ejecutada, pues se entiende que cualquiera que hubiera sido la modalidad de pago convenida (por administración delegada, precios unitarios, por suma determinada, por metraje, etc), no puede defraudarse la expectativa del contratista, esto es, de obtener un beneficio económico y dar por satisfecha su ejecución, así como tampoco desconocer que por la ejecución del contrato, existieron gastos administrativos, imprevistos y una utilidad, que deben ser asumidos por el contratante como consecuencia de su decisión y así acreditarlo, pues “... *un sujeto de derecho que ha producido un acto generador de efectos particulares y concretos a favor de otro, no puede variar de manera unilateral e inconsulta su propio acto, pues de hacerlo, estaría violando los principios de buena fe y confianza legítima...*”<sup>42</sup>

### **3.8 EL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO**

En el presente caso, el contratante pretende que la compañía de seguros, le pague la indemnización de perjuicios contenida en la póliza de seguros de cumplimiento, ante el incumplimiento del contratista, indemnización solicitada en la demanda de reconvención, y adicionalmente requerida por vía de la

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia de tutela del 17 de junio de 2004, T-608/04, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

intervención como tercero de la Aseguradora en ejercicio del Llamamiento en Garantía<sup>43</sup>

Como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral procederá a analizar el seguro de cumplimiento, para determinar en su momento la procedencia o no de la reclamación presentada por el contratante – demandante en reconvención a la compañía de seguros.

Para efectos de este estudio comencemos por precisar algunos conceptos propios del Contrato de Seguro:

Dentro de la relación contractual se encuentran los siguientes sujetos<sup>44</sup>:

**El asegurador.** - El ente asegurador puede ser definido como “la persona jurídica que constituida con arreglo a lo dispuesto por la legislación correspondiente, se dedica a asumir riesgos ajenos, cumpliendo lo que a este efecto establece aquella legislación, mediante la percepción de un cierto precio llamado prima.”

Debemos destacar en la figura del asegurador unos perfiles concretos entre los que podemos apreciar los siguientes:

Por imperativo legal, ha de tratarse de una persona jurídica. No cabe ni siquiera ocasional de alguien que, individualmente, realice operaciones de cobertura de riesgos. Las condiciones de funcionamiento del seguro y su proyección en el tiempo ya exigen, por si solas, que el asegurador sea una persona jurídica;

Aquella persona debe revestir, precisamente, alguna de las formas que la ley considera únicamente válidas para la práctica de la industria aseguradora;

Ha de haber merecido previamente la aprobación de la autoridad reguladora (Superintendencia Financiera), para actuar como aseguradora;

---

<sup>43</sup> Mediante la figura del llamamiento en garantía podrá quien llegare a sufrir un perjuicio, solicitar su indemnización de quien legal o contractualmente esté obligado. Es así como, el artículo del Código General del Proceso establece: “ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”.

<sup>44</sup> Art. 1037 C.de.Co.

Debe dedicarse en forma exclusiva a la práctica del seguro o del reaseguro, en su caso sin que sea admisible otro tipo de actividades, salvo las operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación;

Han de ajustar su situación a las normas de la legislación de seguros, que regulan con detalle la práctica aseguradora, a la vez se hallan sometidas a la inspección y control del Estado.

**El tomador.** - El tomador es la persona natural o jurídica “que contrata y suscribe la póliza de seguro, por cuenta propia o de un tercero, asumiendo las obligaciones y derecho en la ley se establecen” busca trasladar un determinado riesgo a un tercero (empresa aseguradora) a efecto de que le sean resarcidos a él o a un tercero los daños o pérdidas que puedan derivar del acaecimiento de un suceso incierto a la fecha del contrato de seguro. Con tal objeto deberá abonar una retribución (prima) al asegurador.

**El asegurado.** - El asegurado puede ser definido como el titular del área de interés que la cobertura del seguro concierne, y del derecho a la indemnización que en su día se satisfaga que, en ciertos casos, puede trasladarse al beneficiario. Es la persona natural o jurídica a quien el acontecimiento del siniestro va a afectarle más directamente. En definitiva, es aquel sobre cuya cabeza o bienes van a recaer las consecuencias del siniestro.

La figura del asegurado es esencial dentro del contrato de seguro. Porque lo mismo que no cabe concebir un contrato de aquella naturaleza sin la existencia de un riesgo que cubrir o tampoco resulta dable pensar un negocio jurídico de la naturaleza mencionada sin que haya una persona o destinatario final de la garantía que se pacta, y cuyos intereses, protegidos de esta suerte, son la causa eficiente del contrato.

**El beneficiario.** - Es la persona que tiene derecho a recibir la prestación del asegurador. La figura del beneficiario tiene especial relevancia en los seguros de personas, ya que con frecuencia están destinados a aprovechar a un tercero, e incluso en ciertas modalidades esto es necesario, como ocurre en los seguros para caso de muerte.

El beneficiario es también la persona que, va a recibir la utilidad del seguro cuando se produzca el hecho contemplado en el mismo (sin ser asegurado). Es aquel sobre quien recaen los beneficios de la póliza pactada, por voluntad expresa del tomador.

La designación del beneficiario responde a unos planteamientos de previsión que corresponden a los seguros de carácter personal, de manera especial a los seguros de vida y accidentes, para el caso de muerte del asegurado.

El artículo 1038 del C.de.Co, establece textualmente que el tomador del seguro podrá designar beneficiario o modificar la designación anteriormente realizada, sin necesidad del consentimiento del asegurador. Con ello queda claro que la facultad de señalar y revocar beneficiarios está en la mano del tomador.

### **3.8.1 El seguro de cumplimiento:**

El seguro de cumplimiento tiene como finalidad garantizar al asegurado el cumplimiento de las obligaciones que emanen de leyes o de contratos, siendo creado por la ley 225 de 1938.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de mayo de 2002, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, conceptuó que se trataba de una modalidad de seguro de manejo propio de obligaciones emanadas de la ley o los contratos.<sup>45</sup>

Posteriormente la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de julio de 2006, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, ratifica lo dicho, dejando sentado pues a qué tipo de obligaciones puede ser dirigido este tipo de amparo.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> “1. El seguro de cumplimiento fue creado por la Ley 225 de 1938, con la autorización contenida en su artículo segundo para que el seguro de manejo allí instituido, se hiciese extensivo al “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”.

<sup>46</sup> “1. En las varias ocasiones en que la Corte se ha ocupado del seguro de cumplimiento, ha precisado que este fue expresamente reconocido en el plano legal por la ley 225 de 1938, cuyo art. 2° estableció que su objeto sería el de amparar el “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos” (se subraya) y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del estatuto mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa. Según hubo de explicarlo la Sala en cas. civ. de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, la referida ley se encuentra vigente “...porque es el propio código de comercio de 1971 el que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en el artículo 1099; alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero”.

De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños –conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación



### 3.8.2 Objeto del Seguro de Cumplimiento

El seguro de cumplimiento tiene por objeto pues servir de garantía al asegurado, para que, en el caso de incumplimiento de la obligación, la aseguradora la pague hasta el monto asegurado, incluyéndolo entonces en la modalidad de un seguro de daños.<sup>47</sup>

### 3.8.3 Asegurado en el seguro de cumplimiento:

El asegurado en el seguro de cumplimiento es el acreedor de la obligación, que pretende se le garantice el cumplimiento de la misma.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de mayo de 2002, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, señaló lo siguiente:

---

*asegurada, en tanto imputable al deudor –llamado tradicionalmente “afianzado”–, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor –o en general de una causa extraña–, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador.”*

<sup>47</sup> *“Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza “... el cumplimiento de una obligación, en forma tal que, en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo “hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación” amparada.”*

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de febrero de 2001, señaló lo siguiente

:  
*“Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil”. - Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 15 de marzo de 1983,*

Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de julio de 2006, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, señaló lo siguiente:

*“Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido este, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada.*

*Desde esta específica perspectiva, acaecido el siniestro merced a la realización del riesgo asegurado, o sea, en la tipología de seguros que ocupa la atención de la Sala, el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada, sustrato de la obligación condicional del asegurador (art. 1045 C.Co), es indispensable por parte del asegurado demostrar ante el asegurador su ocurrencia, es decir, la inejecución de la obligación o débito garantizado, así como el menoscabo patrimonial irrogado (perjuicio) y la cuantía del mismo, para que éste, a su turno, correlativamente proceda a indemnizarle el daño padecido, hasta el monto del valor asegurado, sin la interferencia emergente de estipulaciones enderezadas a minar su efectividad o extensión cuantitativa.”*

*“Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual **el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico**: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado.” (Negrillas subrayadas fuera del texto).*

Palmario resulta concluir entonces, que la aseguradora pagará solamente ante el incumplimiento de su afianzado y no ante el incumplimiento del deudor del asegurado.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de julio de 2006, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, señaló como siendo el riesgo el no cumplimiento por parte del asegurado de la obligación cuyo origen legal o contractual se afianza, se reitera la condición como un seguro de daños enmarcado dentro del pago del daño que produzca exclusivamente la persona que lo asegura y no el destinatario final, como acreedor, del pago del daño que haya causado el asegurado.<sup>48</sup>

Como conclusión del presente punto, tenemos que en tratándose del contrato de seguro de cumplimiento, el beneficiario, resulta ser el acreedor de la obligación que el asegurado deba cubrir como resultado del daño generado con su incumplimiento y hasta el valor del monto efectivamente asumido por la Compañía de Seguros que expida la correspondiente póliza.

#### **3.8.4 Necesidad de demostrar el incumplimiento y el monto del perjuicio causado.**

Para efectos de reclamar el seguro de cumplimiento, no basta con invocar el incumplimiento del asegurado, ya que será necesario por parte del reclamante demostrar tanto el incumplimiento como el monto del perjuicio causado, para que

---

<sup>48</sup> “En el seguro de cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, “...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico” (art. 1083 C.C.), [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo “consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se itera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles.”

la compañía de seguros pague dicha indemnización como máximo hasta el monto del valor asegurado.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 2013, M.P. RUTH MARINA DIAZ, señaló:

*“La Corte ha señalado que “[e]l contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, ‘serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento’, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor. (...) **Ahora bien, dada su naturaleza jurídica, el beneficiario del seguro de cumplimiento, ante el acaecimiento del siniestro, debe demostrar ante la compañía aseguradora, ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador**” (sentencia de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140).” (Negritas subrayadas fuera del texto).*

Obsérvese que siendo, como ya se dijo, un seguro de daños, es imperioso pues que el daño se dé y se pruebe, ya que el siniestro se presenta técnicamente más con la ocurrencia del daño que con la del propio incumplimiento, puesto que perfectamente puede haber incumplimientos que no conlleven al pago de daños, v.gr. en incumplimientos contractuales recíprocos.

Esta conclusión es reiterada en pronunciamientos jurisprudenciales, tales como los de la Corte Suprema de Justicia de febrero 2 de 2001 y de mayo 7 de 2002, lo que hace que hoy sea pacífica la claridad entre las distintas expectativas, derechos y retribuciones que deba la empresa aseguradora asumir, dependiendo del cada caso, pero siempre en función de las

conductas u omisiones de su asegurado y no del beneficiario de los amparos asumidos.<sup>49</sup>

Resulta imperativo entonces, para que sea procedente la reclamación ante la compañía aseguradora, probar el incumplimiento del afianzado, así como la tasación del monto del perjuicio que aquel le hubiere ocasionado.

### **3.8.5 Nulidad relativa del contrato de seguro de cumplimiento por reticencia o inexactitud.**

Por haber sido un tema que se expuso dentro de este proceso, el Tribunal se detendrá en analizar esta especial condición en el desarrollo de este tipo de amparos.

La reticencia o inexactitud sobre hechos o circunstancias que hubieren llevado al asegurador a no celebrar el contrato de seguro, causa la nulidad relativa del contrato, así lo tiene establecido el artículo 1058 del Código de Comercio, al señalar:

***“ARTÍCULO 1058. DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular***

---

<sup>49</sup> “Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil”.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de mayo de 2002, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, señaló lo siguiente:

“El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado.”.

**condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.**

*Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.*

*Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.*

*Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.” (Negrillas subrayadas fuera del texto).*

La Corte Constitucional en sentencia C-232 del 15 de mayo de 1997, M.P. JORGE ARANGO MEJIA, sobre la nulidad relativa por la reticencia o información inexacta, puntualizó la presencia del fenómeno al precisar que:

*“(…) es posible afirmar que del artículo 1058 del Código de Comercio, surge un régimen estructurado sobre las siguientes bases:*

- a) El tomador del seguro tiene la carga precontractual de declarar sinceramente los hechos o circunstancias significativos que determinan el estado del riesgo;*
- b) La declaración puede hacerse con o sin cuestionario preparado por el asegurador;*
- c) La carga de declarar correctamente el estado del riesgo se incumple por inexactitud o reticencia, es decir, por incurrir en falta de*

*la debida puntualidad o fidelidad en las respuestas o el relato, o por callar, total o parcialmente, lo que debiera decirse;*

*d) Como protección del asegurador contra el error y el dolo y, por ende, en defensa de la mutualidad de los asegurados, las inexactitudes o reticencias frente al cuestionario, están sancionadas con la nulidad relativa del contrato, siempre y cuando recaigan sobre hechos o circunstancias relevantes o influyentes respecto del riesgo, o sea, de aquéllos que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo habrían retraído de contratar u obligado a exigir condiciones más onerosas;*

*e) Como la norma, en tratándose de la absolució del cuestionario, no contempla distinciones sobre el particular, la nulidad relativa se origina en las inexactitudes o reticencias que graviten tanto sobre el riesgo moral o subjetivo (referente a cualidades personales del tomador o asegurado), como sobre el riesgo físico u objetivo del bien asegurado (relativo a las particularidades físicas o materiales del objeto del seguro);*

*f) Cuando media un cuestionario, la nulidad tiene lugar por el solo acaecimiento de la inexactitud o reticencia, ya sea fruto de dolo o culpa del tomador;*

*g) Si la declaración es libre o espontánea, esto es, no sujeta a cuestionario alguno, las reticencias o inexactitudes dolosas o culposas conducen también a la nulidad relativa, pero, por manifestación expresa de la ley, sólo en lo que atañe al riesgo objetivo o físico del bien asegurado;*

*h) No habrá nulidad si las inexactitudes o reticencias relevantes provienen de error inculpable del tomador. Pero el siniestro que en tales casos se produzca, sólo obliga al asegurador a pagar una parte de la prestación asegurada, directamente proporcional a lo que la tarifa o prima pactada represente en relación con la tarifa o prima correspondiente al verdadero estado del riesgo, con la excepción, claro está, del principio de incontestabilidad que, en materia de seguros de vida, consagra el artículo 1160 del Código de Comercio;*

*i) La nulidad relativa y la disminució de la prestación asegurada no tienen aplicacó si el asegurador, antes de celebrarse el contrato,*

*ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, celebrado el contrato de seguro, los subsana o acepta expresa o tácitamente;*

*j) Como se deduce del acta número 73, para que la nulidad relativa pueda declararse “(...) no hay necesidad de establecer relación ninguna de causalidad entre el error o la reticencia y el siniestro”*

*(...)*

***Quinta.- Régimen especial de rescisión del contrato de seguro por reticencias e inexactitudes en la declaración del estado del riesgo.***

*Pues bien, de conformidad con la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio, es claro que en el contrato de seguro, salvo lo dispuesto para los errores inculpables, el legislador, en lo que se refiere a la anulabilidad del negocio, consagró un tratamiento especial, más severo, de los vicios del consentimiento del asegurador, causados por las reticencias o inexactitudes culposas o dolosas del tomador en la declaración del estado del riesgo.*

*En efecto, el hecho de que, salvo el caso de omisiones o imprecisiones inculpables, las reticencias o inexactitudes sobre el estado del riesgo, dolosas o culposas, conducen, por regla general, a la nulidad relativa del seguro, no sólo cuando, de haberlas conocido, el asegurador habría podido abstenerse de contratar, sino también cuando habría contratado en condiciones más onerosas, demuestra que en materia de seguros, la ley comercial se separó de la reglamentación común sobre nulidad relativa por error accidental en la calidad del objeto, contemplada en el inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil. Esta disposición, que efectúa la necesaria distinción con el llamado error sustancial, o sea el que recae sobre “la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato”, dice:*

*De otra parte, en lo tocante al derecho del asegurador de lograr la rescisión del seguro por dolo del tomador en la declaración del estado del riesgo, el inciso primero del artículo 1058 del Código de Comercio también ensanchó los límites previstos por el Código Civil. Justamente, el artículo 1515 de esta obra dice:*

*“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”.*

*Así, pues, como la norma comercial permite la declaración de nulidad relativa, aun en el evento en que las reticencias o inexactitudes habrían inducido a la compañía aseguradora a estipular condiciones más onerosas, pero no a abstenerse de celebrar el contrato, por fuerza hay que aceptar que la regulación civil tiene un campo de acción más restringido.*

*En el mismo sentido, el profesor J. Efrén Ossa G., uno de los redactores del Código de Comercio (en la parte que reglamenta el contrato de seguro), sostuvo las siguientes opiniones:*

*“La inexactitud o la reticencia en la medida en que, conforme a los criterios expuestos, sean relevantes, “producen la nulidad relativa del seguro”. Generan vicio en el consentimiento del asegurador, a quien inducen en error en su declaración de voluntad frente al tomador. No importa que aquél no reúna las características que lo tipifican a la luz de los arts. 1510, 1511 y 1512 del Código Civil. Se trata, como hemos visto, de un régimen especial, más exigente que el del derecho común, concebido para proteger los intereses de la entidad aseguradora y, con ellos los de la misma comunidad asegurada, en un contrato que tiene como soporte la buena fe en su más depurada expresión y que, por lo mismo, se define unánimemente como contrato uberrimae fidei.*

*“Ni siquiera la norma del derecho común (C.C. art. 1515) que consagra el dolo como vicio del consentimiento sería suficiente para proteger al asegurador. Porque aquél sólo vicia el consentimiento si, además de ser obra de una de las partes, “aparece claramente que sin él no hubiera contratado”. Es el dolo principal. Es decir, está desprotegido frente al dolo incidental que es, a juicio de ALESSANDRI y SOMARRIVA, “el que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones que en las que lo habría concluido, generalmente menos onerosas, si las maniobras artificiosas no hubieran existido”. (J. Efrén Ossa G., Teoría General del Seguro - El Contrato, Temis, Bogotá, 1991, págs. 333 y 334)*



*No sobra anotar, por último, que el conjunto normativo integrado por los artículos 1058 y 1059 del Código de Comercio, prevé, en lo atinente a los efectos de las nulidades declaradas, una solución diferente a la adoptada por el artículo 1746 del Código Civil.*

***Sexta.- Razonabilidad de los fundamentos de la especialidad del régimen rescisorio del seguro por causa de reticencia o inexactitud.***

*Para la Corte Constitucional, la razón de ser del régimen rescisorio del contrato de seguro, según se prevé en los dos primeros incisos del artículo 1058 del Código de Comercio, se funda en la naturaleza misma de la actividad aseguradora, que exige la presencia de una buena fe calificada o uberrimae bona fidei (...).”.*

Esta extensa jurisprudencia toma relevancia cuando, como en el caso que se decide, no hay identidad entre los riesgos asegurados y la realidad de la relación contractual que se estaba llevando a cabo, por lo que podría afirmar el Tribunal que , sin lugar a dudas, la nulidad relativa del contrato de seguro se produce como efecto legal de la reticencia o inexactitud, sobre situaciones que en conocimiento del asegurador lo hubiesen llevado a abstenerse de celebrar el referido contrato, o en su defecto a establecer condiciones económicas diferentes respecto de la prima por él cobrada.

Regresando al presente caso, el tomador y afianzado (asegurado) del seguro de cumplimiento es JUAN MALDONADO JLMG LTDA, en calidad de contratista del contrato de obra, y el eventual beneficiario es JOSEPH LOUIS CAMACHO, en calidad de contratante de dicho contrato, siendo el objeto del referido contrato de seguro de cumplimiento, garantizar al contratante el pago de la suma asegurada por el daño causado ante el incumplimiento comprobado del contratista en el citado contrato de obra.

Del presente asunto en particular podemos concluir que, si bien el beneficiario en la póliza pudiera estar legitimado para exigir eventuales pagos por daños a la Compañía Aseguradora, lo estaría para intentar una acción directa ante esta compañía aseguradora, pero, no siendo él el asegurado garantizado, no se vería cómo pudiera tener vocación para acudir a la figura del llamamiento en garantía, como más adelante se precisará.

El propio Tribunal durante el desarrollo de la Primera Audiencia de Trámite , al asumir su competencia, expresamente excluyó de ella y repudió su conocimiento

sobre las eventuales obligaciones que como beneficiario de la póliza expedida por la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. para garantizar el pago de los daños que generara su asegurado JUAN MALDONADO JMLG LTDA al señalado beneficiario JOSEPH LOUIS CAMACHO en derecho correspondiera, limitándose a estudiar en lo de su competencia, solo las condiciones legales y/o contractuales que existieren entre la citada compañía de seguros y los litisconsortes llamantes a ella en garantía, y solo bajo esa condición de tal, decisión que en la parte correspondiente de este laudo se pronunciará.

### **3.9 LA REALIDAD DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES – ESTUDIO DEL CONTRATO**

En este numeral procede el Tribunal a aterrizar, fundamentado en la probanza recaudada durante el proceso, las actuaciones de los involucrados en el contrato de obra y las alegaciones de cierre, el alcance y modalidad de las obligaciones que como resultado de la autonomía probada de la voluntad de las partes se concretara, esto como insumo necesario para la decisión que deba adoptarse en definición del litigio puesto a su análisis.

Se iniciará con el estudio de los contratos suscritos por las partes, su incumplimiento y su real intención.

Como obra a lo largo del proceso está probado que las partes suscribieron dos contratos obrantes a folios 1 a 6 y 250 a 255 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y un otrosí obrante a folios 256 a 257 del Cuaderno de Pruebas No.1, resaltando que el texto de los mismos -en lo que tiene que ver con las obligaciones asumidas por cada una de las referidas partes- es idéntico y lo único que los diferencia es solo su valor.

Lo anterior se encuentra probado, además de los contratos incorporados en los folios mencionados, con el interrogatorio de parte del Señor Camacho, llevado a cabo el 12 de septiembre de 2016, de la siguiente forma:

*“DR. MARTÍNEZ: **Pregunta No. 2.** ¿Cuántos contratos usted suscribió con el contratista?*

*SR. CAMACHO: Dos contratos.*

*DR. MARTÍNEZ: **Pregunta No. 3.** ¿Sírvese explicarle al tribunal por qué dos contratos y qué finalidad tenía firmar dos contratos?*

*SR. CAMACHO: El apoderado de Ricardo y Juan Pablo Maldonado nos dijeron a nosotros que necesitábamos firmar un segundo contrato, que era el final en cuanto a la parte financiera y que era necesario para el pago y el IVA.*

*DR. MARTÍNEZ: **Pregunta No. 4.** ¿Qué entendió usted entonces en esa supuesta afirmación que hace que Maldonado le expresara el segundo contrato?*

*SR. CAMACHO: Dijo que era necesario para efectos del banco y para impuestos.*

*DR. MARTÍNEZ: **Pregunta No. 5.** ¿Cuál de los dos contratos entonces para usted realmente tenía el valor de vinculación entre usted o ustedes dos, Joseph Louis Camacho y Mireya Gaitán en relación con el contratista?*

*SR. CAMACHO: Según yo entiendo un contrato o los contratos son idénticos, salvo la definición del costo del proyecto.”*

Puede con esto concluir inicialmente el Tribunal, cuál era la real intención de la suscripción de similares documentos, por lo que las consideraciones y alegaciones que hace la convocada en relación con pagos imputables al segundo contrato carecen de veracidad, toda vez que queda establecido que ese segundo documento era solo una simulación con finalidades financieras y de aseguramiento pero no contenía la real voluntad de las partes.

Así las cosas el Tribunal hará el estudio de las obligaciones de cada parte teniendo en cuenta que en este punto se trata del mismo contenido en los dos contratos.

Del estudio del material probatorio recaudado se concluye que lo único que se perseguía al suscribir tales documentos era proyectar una apariencia de unas obligaciones que, aunque consignadas en unos documentos no existía la intención de las partes de darles cumplimiento, al menos de la forma como estaban estipuladas. Por lo cual el Tribunal denominará estos contratos como contratos aparentes.

El Tribunal concluye que si bien los contratos mencionados contenían unas obligaciones en cabeza de ambas partes, el desarrollo del mismo y el actuar de las partes modificaron las mismas, de tal manera que en el proceso se demostró que la

real voluntad de las partes fue apartarse de las cláusulas contractuales y desarrollar la obra en medio de una informalidad que ambas partes aceptaron.

Adicionalmente, resaltaré el Tribunal, la intención de las partes, en general, respecto de la expectativa de ellas en relación con la atención y posibilidad de la observancia de los textos suscritos, atendiendo lo dicho por el demandante en su deposición de fecha 26 de septiembre de 2016:

*“DR. VILLA: Tengo una inquietud, en esa relación de documentos que según usted nos informa realizó el señor Francisco Sepúlveda amigo personal tanto de Joseph como de ustedes, ¿eran ustedes consientes que ese documento tenía una serie de formalidades y una serie de trámites que estaban firmados y aceptados por ustedes dos que en este coctel de amistad y tecnología, se estaban dejando de observar?”*

*SR. MALDONADO: En la parte del segundo contrato, cuando se hizo el requerimiento, se sabía la situación del contrato, pero ese era un contrato que era solamente para que Joseph pudiera hacer sus trámites de dinero.*

*DR. VILLA: Eso me queda claro, ya quedó claro y aquí quedó establecido que ese contrato era un contrato eminentemente simulado para efectos fiscales y para efectos de cambio y también nos aclaró usted que el real querer de ustedes dos estaba en el contrato original el verificado a razón de un valor por metro cuadrado, en ese contrato que también estoy entendiendo lo redactó el señor Francisco Sepúlveda, hay una serie de formalidades, ¿eran conscientes tanto don Joseph como usted que existían unas formalidades que estaban ahí escritas, que según nos está contando por la manera como se desarrollaron las cosas se estaban dejando de atender?”*

*SR. MALDONADO: Algunas formalidades se dejaron de atender y las dos formalidades y las dos formalidades estaban en los dos contratos.*

*DR. VILLA: ¿Pero existía conciencia de ambas partes que habían unas formalidades que estaban escritas?”*

*SR. MALDONADO: Los dos contratos tienen casi el mismo contenido en cláusulas y hay unos requerimientos y los dos contratos sabíamos que el uno o el otro tenía sus exigencias o sus requerimientos.”*

A esta conclusión -la de la modificación de facto de los textos contractuales iniciales- llega el Tribunal teniendo en cuenta el material probatorio existente en el proceso.

Continuando con este análisis, se tomarán cada una de las obligaciones de las partes plasmadas en los textos de los contratos y las comparará con el comportamiento de los contratantes probado en el proceso.

En primer lugar el Tribunal analizará la Cláusula Segunda del contrato, la cual consagra:

*“CLAUSULA SEGUNDA: El presente Contrato será ejecutado en los plazos estipulados al inicio del presente Contrato para la ejecución de la Consultoría General del Proyecto y el Plazo de Ejecución de Obra de acuerdo a los Cronogramas y firma del Acta de Inicio de Obra respectiva por las partes antes mencionadas.”*

De acuerdo con esta cláusula, debía realizarse la obra dentro de unos plazos definidos de acuerdo con un cronograma. Dicho cronograma nunca existió y a pesar de que la parte convocada reclama esto como un incumplimiento del contrato, el Tribunal considera que dicha cláusula fue modificada por el actuar de las partes: el Contratante nunca exigió (o al menos no hay prueba de ello) la entrega del cronograma y a pesar de eso ejecutó pagos y solo reclamó el incumplimiento al momento de la terminación unilateral, desconociendo sus actos propios.

A este respecto encontramos en el interrogatorio rendido por el Señor Maldonado, la siguiente afirmación<sup>50</sup>:

*“ Con Joseph Camacho siempre se realizaban en obra, cuando él estaba presente en Colombia, siempre se realizaban en la obra los informes de avance sobre el proyecto, siempre se le informa a él en qué etapa se estaba construyendo, qué etapa era la que se iba a realizar, se le informaba el tipo de materiales que llegaban, se le comentaba qué material era el que llegaba y se le demostraba la calidad del material que llegaba, nunca hubo una queja sobre el material que llegó y todo el proceso que se empezó a realizar iba siendo informado a él en campo, nunca realizamos un documento de informe de obra, ya que en muchos casos Joseph prefería que le*

---

<sup>50</sup> Interrogatorio rendido el 26 de septiembre de 2016

*explicáramos en la obra qué era lo que estaba haciendo y qué era lo que estaba sucediendo en campo.*

*Cuando nos reuníamos en obra él se reunía con mi hermano, él siempre que bajaba mi hermano a Villa de Leyva lo recogía en el carro personal de él y se iba con él hacia la obra, hacían recorridos, miraban el personal, cómo estaba trabajando, miraban las obras que se estaban adelantando y en muchos casos Joseph acompañaba a mi hermano a comprar materiales a las ferreterías, en varios casos Joseph Camacho recomendaba las ferreterías para comprar los materiales y mi hermano asistía con él o ya teníamos la referencia de la ferretería y a esas ferreterías se les hacía los pedidos de materiales.*

*El contrato evolucionó desde el mes de abril donde se realizó el acta de inicio ya general de la obra y el contrato llevaba un seguimiento y llevaba una evolución muy factible, llevaba una evolución muy favorable. (...)*

*Ese personal de obra se lo entregué yo a Joseph Camacho con toda la confianza y dándole la certeza de que iba a ser el mejor personal que le iba a construir su Taj Mahal para su esposa, el contrato evolucionó muy bien y el contrato tuvo un avance muy especial hasta la fecha de septiembre, nunca tuvimos una queja alguna de Joseph, al contrario, él siempre nos informaba que estaba muy contento con el avance de obra, que estaba muy contento con el personal.*

*(...)*

*En agosto Joseph nos informa que él quiere tener un estado de cuentas de cuánto se ha invertido en el proyecto, de cómo se ha invertido, por lo cual yo inicié a hacer un balance, empiezo a realizar, a recopilar toda la información, empezamos a recopilar toda la información a nivel de inversiones en materiales, a nivel de gastos administrativos, transportes y todo, muy bien documentado, en el cual a él el primer informe se lo entregamos a fecha 31 de agosto, en la casa, se lo entregamos en medio físico y en medio magnético.*

*A través de ese tiempo los depósitos y transferencias que se hacían de dinero eran programadas de acuerdo a las conversaciones que tenía yo con Joseph, él antes de hacer un depósito conversaba primero conmigo, le explicaba yo el avance, en dónde íbamos y qué era lo que teníamos programado, así mismo el anticipo del contrato fue un contrato que se manejó de un 40%, pero se manejó de acuerdo a los movimientos financieros que Joseph podía hacer, todo el dinero que él ingreso*

*inicialmente lo ingresó a través de la cuenta de Bancolombia, donde él había radicado el contrato de 136.500.000.*

*En la fecha de agosto fue cuando se le entregó a él el balance de gastos y continuamos en septiembre con el avance de la obra, en los primeros días de septiembre en campo, estábamos con Joseph, estábamos revisando, estábamos mirando la obra, él estaba muy contento porque a él le parecía muy hermosa la forma como se había concebido la excavación del lote con la incorporación de la vivienda dentro del paisaje.”*

Sobre el mismo punto encontramos en el interrogatorio de parte del Señor Camacho, llevado a cabo el 12 de septiembre de 2016, lo siguiente:

*“DR. ARIZA: Pregunta No. 10. En sus respuestas anteriores usted mencionó que le entregó a JLMG recursos por valor de \$260 millones, cifra que superaba el 40% contemplado como anticipo en el contrato, ¿usted informó en algún momento esa circunstancia a Suramericana de Seguros?*

*SR. CAMACHO: ¿Qué situación, el hecho de haber pagado?*

*DR. ARIZA: El hecho de haber girado una cifra superior al 40% de anticipo previsto en el contrato antes de la terminación unilateral del contrato.*

*SR. CAMACHO: Si me lo permite el tribunal, junio 16 de 2015 se transmitió esto, antes de eso yo nunca tuve ninguna interacción con Suramericana.”*

Por otro lado y continuando con el análisis en curso, según la cláusula tercera del contrato allegado (Folio 2 del Cuaderno de Pruebas 1) las obligaciones del contratista eran las siguientes:

*1) Ejercer la dirección técnica, administrativa y financiera de los trabajos, con el objeto de conseguir la correcta realización, de la obra objeto del presente Contrato de conformidad con las especificaciones Técnicas generales entregadas en los Planos Generales y específicos del Proyecto.*

Esta obligación fue cumplida por el contratista, como se desprende de las afirmaciones hechas por la Señora Gaitán en el interrogatorio de parte llevado a cabo el 12 de septiembre de 2016, cuando afirma:

*“DR. MARTÍNEZ: Pregunta No. 17. Ustedes aprobaron unos diseños arquitectónicos y de obra, los cuales fueron aprobados por ustedes o*

*aceptados por ustedes y luego sometidos a la aprobación de la Secretaria de Planeación de Villa de Leyva, ¿esa obra que continuó el ingeniero continuó con esos mismos planos o él modificó la obra o ustedes la modificaron?*

*SRA. GAITÁN: Se siguieron con los mismos planos y la parte estructural quedó idéntica, algunos cambios, como es normal cuando llega otra persona, se hicieron cambios, pero que no tienen nada que ver ni con el diseño ni con la estructura, no afecta nada la parte estructural ni el diseño que se hizo.”*

Igualmente, en el testimonio de Camilo Montoya se lee:

*“DR. MARTÍNEZ: ¿Usted tuvo a mano los planos, los diseños, los estudios de diseños realizados previamente por el contratista?*

*SR. MONTOYA: Los contratistas me suministraron a mí los diseños arquitectónicos, los estructurales y el estudio de suelos, ninguna comunicación más de todo el listado que se le requirió que eran alrededor de 9 ítems.”*

El Tribunal concluye de lo transcrito, que esta obligación fue cumplida por el Contratista, sin embargo, de acuerdo con la afirmación hecha anteriormente, esta cláusula fue modificada tácitamente por las partes, cuando se realizaron modificaciones a los planos iniciales, como a continuación se indica.

Lo dicho aquí se colige del interrogatorio del señor Maldonado, llevado a cabo el 26 de septiembre de 2016, cuando dice:

*“Siendo así nosotros continuamos la obra trabajando y seguimos avanzando en el proyecto, el proyecto siguió avanzando, habíamos ejecutado cimentación, habíamos ejecutado toda la estabilización del terreno, habíamos hecho cimentación del sótano, de un sótano que él solicitó posteriormente a la licencia, con un cuarto de pánico y una cava de vinos, solicitó también una modificación para un ascensor que iba desde la zona del sótano al primer piso de la casa y solicitó unas modificaciones en el diseño a niveles de primer piso en ampliación de la habitación principal y en la ampliación de una zona de un corredor y un pasillo que comunicaba la zona de la alcoba principal con la zona de la sala.”*

Concluye el Tribunal que la obligación original fue cumplida y a la vez fue modificada por las partes, según su propio decir.



Atendiendo el tenor de lo transcrito, queda claro de lo expresado por los propios intervinientes en el contrato realmente ejecutado, que la manera como se calculaban los montos a aportar al flujo de fondos del proyecto, su disposición y oportunidades, no seguían un formato de cronología pactado con antelación, sino era el resultado de ajustes hechos sobre la marcha, circunstancia que implementaron y toleraron los interesados todo el tiempo.

Esta puntual circunstancia es de especial trascendencia -como en especial punto se tratará- para la determinación de las sumas que a cargo de los involucrados se reclaman como resarcimientos mutuos por lo incumplimientos que mutuamente se imputan los litigantes.

Continuando el análisis de cada una de las obligaciones, se aboca la revisión del numeral 2 de la misma cláusula Tercera que reza:

*“2) Comprar todos los materiales, elementos y equipos para la construcción en las condiciones más favorables para el CONTRATANTE, en lo referente a calidad y precio. Dentro de esta obligación se incluye la revisión y previa aceptación en la obra de todos los materiales de todos los materiales, así como el rechazo de los mismos cuando sea el caso. Si el CONTRATISTA no rechaza oportunamente los materiales cuando presenten defectos o no cumplan con las especificaciones, deberá asumir directamente los costos que para la obra impliquen falta de rechazo oportuno.”*

Del testimonio rendido por JORGE ANÍBAL CASTELLANOS HERNÁNDEZ realizado en audiencia del 5 de septiembre de 2016, se establece que quien compraba los materiales correspondientes a la obra era el Señor Maldonado. Lo anterior se comprueba de afirmaciones del testigo, tales como:

*“SR. CASTELLANOS: Mi nombre es Jorge Aníbal Castellanos Hernández, SOY DE Villa de Leyva, vivo en Villa de Leyva, la dirección donde vivo es, Vía Colegio Santo Domingo, mi oficio es proveedor de materiales de construcción, transporte, tengo una volqueta de propiedad, qué relación tengo con alguno de ellos, inicialmente cuando se comenzó la obra yo fui proveedor de la obra con la firma del arquitecto Maldonado, hasta cuando se suscitó el problema de la cancelación o terminación del contrato, no sé cómo le llamaran ahí la verdad, hasta ahí terminó mi parte, mi contrato con respecto a ellos. Después me siguieron ocupando, directamente don Joseph para seguirle llevando materiales ahí a la obra de ellos.”*

Situación corroborada en el interrogatorio al Señor Camacho, cuando éste afirma:

*SR. CAMACHO: Yo pedí que se alinearan dos columnas y movieron la columna, le pedí que colocara tuberías redondas para las columnas redondas y no tubería cuadrada, él decía que la tubería cuadrada se podía desbistar, en las esquinas, yo fui a Pavco con Ricardo Maldonado en Tunja y durante dos semanas buscó cómo hacer columnas redondas, cuando fuimos a Pavco yo les pregunté que si tenían los tubos de 12 pulgadas de diámetro y me dijeron que sí y Ricardo me dijo, pero es que son corrugadas, le dije, sí, pero por dentro don lisas, entonces allí compramos los tubos y se construyeron las columnas, se desperdició menos, el costo fue menos y pienso que don Ricardo aprendió cómo estructurar una columna redonda.*

Sin embargo encuentra el Tribunal que dicha obligación fue incumplida solo parcialmente por el Señor Maldonado, pues si bien el Arquitecto efectuaba el pedido de materiales, los pagos de ellos no los atendía cumplidamente, conforme evidencia que consta en el mismo testimonio:

*“SR. CASTELLANOS: Inicialmente en el transcurso de la ejecución de la obra yo llamé varias veces al arquitecto que era el encargado de hacer los pagos, él de por sí me hizo como tres o cuatro consignaciones, pero no totales a las cuentas de cobro, él me argumentaba que estaba esperando una transferencia de don Joseph, eso era lo que él me argumentaba, que estaba esperando una transferencia, que por eso no me cancelaba y me hizo fue unos abonos parciales que los tengo aquí, yo anotaba ahí lo que él me iba consignando, están en las cuentas de cobro, ahí le tengo consignaciones, él siempre me consignó a una cuenta porque yo inicialmente le había dado era una cuenta mía que tengo en el Banco Agrario, pero él me decía que se le dificultaba acá en Bogotá, entonces las consignaciones las hacía a la cuenta de un hermano de Banco de Colombia.*

*DR. MONTOYA: Usted ha manifestado que hizo un arreglo con ellos, ¿puede informarle al tribunal en qué consistió ese arreglo o conciliación?*

*SR. CASTELLANOS: El arreglo, o sea, en últimas como don Joseph no me quiso responder y como yo también hablé con el arquitecto, cuando bajaron hablaron allá con don Joseph, cuando ya prácticamente se había cancelado el contrato, yo bajé con ellos, yo le decía, arquitecto, solucióneme a mí que no tengo nada que ver con este problema, el problema es allá entre usted y*

*don Joseph, yo simplemente estaba trabajando, llevando los materiales a la obra que usted estaba dirigiendo, yo no tengo nada que ver.*

*Entonces él aducía, demande Jorge hasta las últimas consecuencias, demande, por eso me tocó, ya después yo fui allá a la inspección de policía y consulté el caso, ellos me dijeron, Jorge, lo único que puede hacer es, porque yo le lleve las pruebas también, tenía las cuentas de cobro, me dijo, vaya a Cámara de Comercio a un centro de conciliación y allá lo asesoran qué es lo que tiene que hacer y por eso fui a la Cámara de Comercio, les consulté el caso y allá nos citaron, que llegamos a una conciliación con ellos, llegamos a un acuerdo y aquí está el documento también al acuerdo que llegamos con ellos, el acuerdo era que ellos me cancelaban, fecha, el día martes 30 de junio/15 deberían haberme cancelado la deuda que tenían ellos para conmigo que nunca se llevó a cabo.*

*DR. VILLA: ¿Desea aportar el documento, copia?*

*SR. CASTELLANOS: Si es pertinente sí.*

*DR. MONTOYA: ¿Qué período estaba usted reclamando, de la deuda?*

*SR. CASTELLANOS: es que la deuda esta contraída desde el mes como de abril, desde que se comenzó la obra hasta el mes de septiembre que fue que le radiqué la última cuenta, creo que esta es la última cuenta, 19 de septiembre, esa me la recibió el mismo arquitecto Juan Pablo.”*

El comportamiento de pagos incumplidos fue reiterado, conforme se evidenció del testimonio recibido por el testigo citado, en relación con los demás proveedores de la obra, al decir a la pregunta:

*DR. VILLA: Para claridad mía de la dimensión de la obra, ¿usted sabe cuántos proveedores tenía la obra aparte de usted?*

*SR. CASTELLANOS: Sé que había un señor que le llevaba la madera, había una señora que le llevaba el cemento, el señor que alquilaba la formaleta, la camilla para hacer la estructura, todo eso, no.*

*DR. VILLA: ¿Conversaron entre los proveedores alguna vez o no tenían ningún trato?*

*SR. CASTELLANOS: Sí, nosotros hablamos, de por sí que allá es un pueblo pequeño porque nos conocemos todos y más cuando trabajamos en una obra que estamos al tanto de las cosas.*

*DR. VILLA: ¿Con base en esa cercanía usted tuvo conocimiento si a esos otros proveedores de igual manera se generaron con ellos situaciones como la suya de algunos atrasos en los pagos de sus servicios?*

*SR. CASTELLANOS: Que yo tenga la certeza del ciento por ciento, del ciento por ciento del señor que le alquilaba la formaleta, de ese sí sé que le quedaron debiendo porque él tiene, él incluso me mostró hasta una letra que le había firmado y él también le había puesto eso a un abogado y lo mismo le dijo el abogado, si no tiene nada qué a qué le van a echar mano los abogados, eso me dijo así coloquialmente como habla uno, había escuchado que al muchacho de la madera también le habían quedado debiendo, eso si no porque yo ahí si no, pero con Luis Suárez se llama el señor, con él sí somos bastante amigos con él, entonces hablamos bastantes.”*

De esta manera el Tribunal encuentra probado incumplimiento del Contratista, desde mucho antes de la terminación unilateral hecha por el Contratante, razón por la cual se anticipa que no podrá prosperar la excepción de contrato no cumplido, ya que el citado Contratista se encontraba también en incumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado encontramos la extensión e implicaciones de la obligación contenida en el numeral tercero:

*“3) Explicar los planos y especificaciones al personal técnico y a los operarios y contratistas, y realizar la inducción a sus trabajadores e informarlos sobre cada uno de los riesgos a los que van a estar expuestos en el desarrollo de su labor con indicación de las medidas de prevención y control que deben cumplir.”*

En el proceso no se encuentra prueba específica de que el Contratista haya cumplido cabalmente con esta obligación de inducción y asunción de riesgos propios de la obra, pues no encuentra evidencia aportada por parte de quien correspondía probarlo, de estas inducciones y demás.

Sin embargo, como ya lo ha advertido el Tribunal, en medio de la informalidad en la cual se desarrolló el contrato, el mismo Contratante asumió alguna de estas

obligaciones referidas con los riesgos y seguridad laboral de los operarios, esto con aquiescencia de ambas partes, lo cual se demuestra con el interrogatorio del Señor Camacho cuando advierte:

*“SR. CAMACHO: Claro, en el contrato está que ellos tienen la responsabilidad de la seguridad de los empleados, tienen que usar casco, las botas con puntera de acero, eso es una de sus obligaciones, fui tanto con Juan Pablo Maldonado como con Ricardo Maldonado a Unicentro en Tunja y yo compré todos los zapatos para todos los empleados, desde el maestro hasta todos los demás, porque yo fui funcionario de seguridad durante 43 años y para mí la seguridad es sumamente importante, entonces mi esposa y yo les dimos este regalo a los empleados, ese es uno de los ejemplos de interacción.”*

Este comportamiento demuestra para el Tribunal, si no la aquiescencia del Contratante en el manejo que daba su contratista a la seguridad de los operarios, a lo menos una modificación implícita a esta carga que él procede a asumir, con lo cual los términos contractuales se estaban modificando resultado del actuar propio de las partes del contrato.

En cuanto a la obligación contenida en el literal 4) tenemos:

*“Contratar el personal de empleados y trabajadores o subcontratistas que a juicio del CONTRATISTA, sea necesario para la buena marcha del trabajo. Así mismo EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta que no se exceda el presupuesto de la obra.”*

Está probado en el proceso que el personal sí fue contratado por el Contratista, lo anterior se deduce de testimonios de los Señores Jorge Castellanos, Marco Poveda y Pedro Vargas.

Al respecto dice el Señor Poveda:

*“SR. POVEDA: No, pues yo lo único que tengo claro es que el arquitecto Maldonado hizo un contrato con el señor Camacho y el arquitecto me contrató a mí como subcontratista de la empresa de él para yo irle a ejecutar la obra, entonces nosotros estuvimos allá trabajando, yo era el contratista de él, entonces lo único claro que tengo es que el señor Camacho iba a la obra y yo también estaba allá en la obra con el maestro que yo llevé que se llama Pedro Vargas y normal, estábamos ejecutando la obra normal, él estaba de*

*acuerdo con todo, él siempre manifestaba que la obra estaba muy bien, que se estaba haciendo el trabajo a conciencia.”*

Se repite de boca de varios de los testigos, cómo el tanto Contratante Camacho como su co-contratante Mireya Gaitán, en las visitas que realizaran a las obras durante la vida del contrato, manifestaron siempre su aparente aceptación de la seguridad industrial y de la atmósfera laboral de los operarios y no aparecen en el expediente pruebas que establezcan lo contrario.

Lo referente al presupuesto, el cual menciona la cláusula, fue analizado al estudiar el cronograma previsto en la cláusula segunda.

Las obligaciones quinta, sexta, séptima hasta la decimosegunda, hacen referencia a los compromisos laborales que asumía el Contratista, así:

*“5) Cumplir con los requisitos de Ley a sus trabajadores contratados directamente por el CONTRATISTA según Tipo de Contrato celebrado entre los mismos y exigir a sus Subcontratistas el cubrimiento de las obligaciones según lo previsto en el Régimen de Salud y Seguridad Social (Ley 100 de 1993), en cuanto a afiliaciones a una Entidad Promotora de Salud (EPS), a una Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) y a una Administradora de Riesgos Profesionales (ARP).”*

*6) EL CONTRATISTA se obliga a cumplir el Estatuto de Seguridad Industrial y el Reglamento de Seguridad e Higiene en la Industria de la Construcción (Resoluciones Nos. 2400 y 22313 de Mayo 22 de 197 expedidas por el Ministerio del Trabajo; así como las normas internas establecidas por el Proyecto para tal fin, y velar por el conocimiento y cumplimiento de dichas normas por parte de su trabajadores.”*

*7) Calificar su personal periódicamente en materia de Seguridad Industrial con el fin de evitar riesgos en la realización de sus actividades para las cuales fue contratado. Para aquellos trabajadores que realicen actividades de alto riesgo, deberán capacitarlos especialmente para ello y acreditar a tal capacitación.*

*8) Nombrar un encargado permanente dentro del sitio de la obra, quien será el responsable de Higiene y seguridad del personal empleado por el CONTRATISTA.*

*9) Carnetizar debidamente a su personal como mínimo el día que el trabajador va a ingresar al lugar de trabajo exigiendo una poia del RH de cada trabajador.*

*10) Reportar al auxiliar de seguridad todos los ingresos y retiros de trabajadores con la debida documentación de soporte previo inicio de labores de obra.*

*11) Suministrar a sus trabajadores la dotación básica de overol o similar, caso, bota de caucho punta de acero y herramientas para garantizar el trabajo en forma segura.*

*12) Asesorar a sus trabajadores en la realización y buena marcha de los trabajos encomendados y en la prevención continua de enfermedades o accidentes laborales.*

Frente a los numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la citada cláusula 3ª, el Tribunal no encuentra probado el cumplimiento de todos los requisitos allí minuciosamente establecidos, pero encuentra que ambas partes, con su comportamiento permisivo, toleraron la manera informal como eran contratados los trabajadores de la obra, lo cual aunado a lo ya comentado en otro aparte de este Laudo, sobre la autonomía de la voluntad y los actos propios, no podría imputarse como un incumplimiento a dichas cláusulas sino una modificación implícita a las mismas.

En cuanto a la obligación contenida en el numeral 13, nos remitiremos a lo ya dicho para el numeral 2.

*“13) Celebrar todos los contratos con proveedores de bienes y servicios, a que hubiere lugar, El CONTRATISTA será el único responsable de la celebración de los mismos, todo los cuales realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo.”*

Frente a la obligación de presentar informes contenida en el numeral 14) *Llevar en forma clara, correcta y precisa los controles y estadísticas de la obra y presentar periódicamente un informe*, resalta el Tribunal que se entiende, que esta obligación fue derogada por el actuar de las partes, pues de lo que está probado en los interrogatorios ninguna de las partes consideraba que esta fuera una obligación a cumplir, ya que los informes se daban de manera verbal sin ninguna periodicidad establecida, y sin que esto hubiese sido objetado por los Contratantes en ningún momento. Lo mismo se puede decir del numeral 18) que dice:

18) Suministrar a EL CONTRATANTE, cuando él los solicite informe sobre cualquier aspecto de la obra.

Lo anterior que demostrado con el interrogatorio del Señor Maldonado, cuando afirma:

*“Con Joseph Camacho siempre se realizaban en obra, cuando él estaba presente en Colombia, siempre se realizaban en la obra los informes de avance sobre el proyecto, siempre se le informa a él en qué etapa se estaba construyendo, qué etapa era la que se iba a realizar, se le informaba el tipo de materiales que llegaban, se le comentaba qué material era el que llegaba y se le demostraba la calidad del material que llegaba, nunca hubo una queja sobre el material que llegó y todo el proceso que se empezó a realizar iba siendo informado a él en campo, nunca realizamos un documento de informe de obra, ya que en muchos casos Joseph prefería que le explicáramos en la obra qué era lo que estaba haciendo y qué era lo que estaba sucediendo en campo.*

*Cuando nos reuníamos en obra él se reunía con mi hermano, él siempre que bajaba mi hermano a Villa de Leyva lo recogía en el carro personal de él y se iba con él hacia la obra, hacían recorridos, miraban el personal, cómo estaba trabajando, miraban las obras que se estaban adelantando y en muchos casos Joseph acompañaba a mi hermano a comprar materiales a las ferreterías, en varios casos Joseph Camacho recomendaba las ferreterías para comprar los materiales y mi hermano asistía con él o ya teníamos la referencia de la ferretería y a esas ferreterías se les hacía los pedidos de materiales.”*

Frente a las obligaciones contenidas en los numerales 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de esta cláusula 3ª, las cuales se transcriben, se considera que al referirse éstas a obligaciones posteriores a la terminación de la obra, por haberse terminado el contrato antes de la culminación de la misma, ellas no pudieron ser parte del presente proceso arbitral, pues no fue ontológicamente posible su aplicación o incumplimiento.

15) Responder si las obras objeto del presente contrato, padecen o amenazan ruina, en todo o en parte, en los dos (2) años subsiguientes a su entrega.



16) *Responder antes terceros por los daños que se ocasionen, de conformidad con la ley y mantendrá indemne a los empleados o contratistas.*

17) *Mantener la obra libre de desperdicios o de escombros causados por los empleados u obreros o por el trabajo mismo, y a la terminación de la obra retirar de ella sus dependencias y entregar a quien corresponda toso los sobrantes, andamios, e.tc. dejando la obra completamente aseada.*

19) *Ejecutar todos los trabajos, obras y labores que sean necesarios para concluir oportunamente la construcción descrita en la cláusula primera, incluyendo el aseo final. En caso de presentarse retraso en el programa de trabajo por causas imputables a EL CONTRATISTA, aumentar el número de trabajadores o de turnos, la jornada de trabajo y/o equipo.*

20) *Cumplir con todas las obligaciones que se desprenden de la naturaleza de este contrato así como observar las normas y disposiciones de las leyes vigentes referentes a la ejecución de obras como la que es objeto de este contrato.*

21) *Responder totalmente ante EL CONTRATANTE, por cualquier obra mal construida ya sea directa de EL CONTRATISTA o de cualquier subcontratista. Todos los costos por obras mal construidas correrán por cuenta de EL CONTRATISTA o de cualquier subcontratista.*

22) *Realizar las reparaciones a que haya lugar después del recibo de la obra, responder por la estabilidad de la obra objeto del contrato.*

Frente a las obligaciones contenidas en el numeral 23, 24,25 y 26 las cuales se transcriben, el Tribunal considera que ellas fueron cumplidas.

23) *“Tramitar y obtener: la Licencia de Construcción, permisos de uso del Espacio Público, los Servicios Públicos domiciliados para la obra a construir de acuerdo con el Contrato, dentro de los plazo previsto para la entrega, salvo eventos ajenos a su control en relación con las Empresas de Servicios Públicos respectivas, el Tribunal encuentra que se cumplió.”*

24). *Cumplir plenamente con sus obligaciones tributarias, deberes que declara conocer, y cualquier otra gestión que bajo este contrato estén a su cargo.*

25). *EL CONTRATISTA declara que ha estudiado cuidadosamente los factores que puedan influir en el desarrollo, la ejecución y precio de los trabajos. Así mismo declara que conoce el proyecto y se ceñirá al mismo en el evento que este aplique.*

26) *Sin perjuicio de lo aquí estipulado es entendido que la información que EL CONTRATISTA recibe para realizar el objeto del presente Contrato tiene el carácter de CONFIDENCIAL por lo que está prohibido expresamente a EL CONTRATISTA y sus dependientes, representantes o trabajadores divulgarla ya sea en forma verbal, escrita o por cualquier medio mecánico o electrónico información alguna del Proyecto*

Revisadas así las cargas contractuales de la parte contratista, es imperioso repetir el ejercicio frente a las cargas de la parte contratante.

Por su parte las obligaciones de la Contratante se encuentran incluidas en la Cláusula Cuarta, que a su tenor dice:

*CLAUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DE EL CONTRATANTE. Además de las establecidas en el presente Contrato EL CONTRATANTE se obliga a:*

- 1). Realizar oportunamente los desembolsos de dinero efectivo y legal del Anticipo del Contrato para el óptimo avance del Proyecto de acuerdo con la forma de pago establecida en el presente Contrato.*
- 2) EL CONTRATANTE se obliga a suministrar los Recursos Económicos necesarios para el normal desarrollo del Proyecto en la etapa de Consultoría General, pago de Impuestos generados por el Proyecto y costo de la Licencia de Construcción expedida por la Oficina de Planeación Municipal respectiva.*
- 3) EL CONTRATANTE se obliga a entregar libre de gravamen o limitaciones de dominio el inmueble y/o Lote en el cual se desarrollará el Proyecto.*

Frente a las obligaciones aquí referidas, encuentra el Tribunal que si bien pudo el Contratante haberlas cumplido dentro de la manera que arriba se expuso, en lo que atañe a la programación y monto de los desembolsos necesarios para el avance ordenado de la obra, se declarará el incumplimiento del contrato por parte del Contratante, no por el desconocimiento puntual de esta cláusula, sino por la desatención en el acatamiento de los requisitos del artículo 2056 del CC como quedó explicado en otro aparte de este Laudo.

La anchura , desentendimiento y amplitud consentida en la atención de las obligaciones del Contratante, llegó a tal extremo que incluso, la obligación del

parágrafo 4º de la Cláusula 19ª atinente a la aprobación por parte del mismo de las pólizas de seguro, que aquí se pretenden exigir, fue orondamente desatendida, conforme el decir del propio Señor Camacho en su interrogatorio, cuando manifiesta él desconocer todo lo relacionado con la expedición de las pólizas de seguros, montos, cuantías y coberturas, la cual confesó él, jamás haber tenido noticia de su existencia y características.

Ha entendido el Tribunal, culminando este punto de la revisión de las mutuas reclamaciones y sus respuestas expuestas por las partes, que si bien inicialmente ellas llevaban al juez a la tentación de adentrarse por la senda de la verificación minuciosa del acatamiento de los textos firmados, la forma como, resultado de las exposiciones recibidas de las partes y sus testigos, se percata el Tribunal, que temas tan sensibles en el desarrollo de cualquier contrato, como es de la necesidad de la existencia permanente del músculo financiero que haga viable su cumplida ejecución y avance se manejó con esa apertura e informalidad, que la velocidad y certeza del ingreso de dineros era resultado de planeaciones sobre la marcha, lo hacen reflexionar que en la realidad no era el afán ni la prioridad de ninguna partes dar cumplimiento a pie puntillas de la no muy coherente estructura del contrato que el Señor Sepúlveda confeccionara, tal y como se ha anunciado en repetidas oportunidades a lo largo de este escrito.

Esta reflexión se vio reforzada cuando la discusión de re direcciona, por expresa mención de los convocados, al ámbito propio del Contrato de Obra y es así que concluye el Tribunal que allí seguramente se encuentra el meollo de la solución a la problemática a resolverse.

### **3.10 LA SITUACIÓN Y LA SUERTE DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR LAS PARTES, FRENTE A LOS MUTUOS INCUMPLIMIENTOS DE SUS REALES OBLIGACIONES CONTRACTUALES.**

Analizadas y expuestas, como atrás se desarrolló, las actuaciones y/o las omisiones imputables a ambas partes en conflicto en relación con el cabal cumplimiento de las obligaciones por ellas recíprocamente contraídas en virtud del Contrato origen de este proceso arbitral, es menester trasladarlas -las actuaciones y omisiones- al impacto que ello debe reflejar frente a la *causa petendi* que expusieron ambas en sus oportunidades procesales.

La normatividad civil aplicable a los contratantes mutuamente incumplidos, en lo que atañe a sus mutuas pretensiones de resarcimiento, fundamentalmente

arranca del contenido de los artículos 1608 a 1617 del Código Civil Colombiano, reglamentación de la que nos ocuparemos seguidamente y que apunta unánimemente al concepto de Indemnizar.

Conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por Indemnizar, la acción de “*Resarcir de un daño o perjuicio*”,<sup>51</sup> lo que significa reparar lo que se ha causado a otro como resultado del hecho o la omisión generadora de ese daño o perjuicio a solucionar.

*"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido"*<sup>52</sup>

Desarrollando lo conducente se comienza por precisar que las circunstancias todas que –para el caso que nos ocupa- en lo que tiene que ver con la generación de daños reclamables, su prueba y las consecuencias de la probanza o de su ausencia, ya se analizaron atrás, por lo que no se regresará en este momento sobre el punto. Baste por ahora y para lo que se propone este aparte del laudo, con precisar que todas las pretensiones existentes en los escritos, tanto de la demanda arbitral como de la demanda de reconvención, que pretendan tener éxito en la reclamación de resarcimientos de daños y/o perjuicios, deberán forzosamente tener el mismo rasero en su análisis y resultados.

Enseña el artículo 1615 del ordenamiento civil mencionado que ...”*Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención*”.<sup>53</sup>, concepto que ya presupone una inicial exigencia para la prosperidad de cualquier reclamación de perjuicios: la existencia de una mora señalada para el contratante incumplido de quien se pretende reclamar la reparación de ese daño o perjuicio causado por su actuación u omisión.

Estudiando el punto de las indemnizaciones debidas, la Corte Suprema de Justicia ha repetido en varios de sus pronunciamientos, cómo la mora, regulada en su definición y existencia por el artículo 1608 del mismo código que venimos

---

<sup>51</sup> <http://lema.rae.es/drae/>

<sup>52</sup> Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés

<sup>53</sup> Artículo 1615 Código Civil Colombiano

mencionando, es y supone el “*retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación*”, predicable para los expresos supuestos expuestos en la norma en comento.<sup>54</sup> Dicho de otra forma, no cualquier retardo en el que se incurra involucra mora, toda vez que la ley se preocupa en calificar que tal retardo debe ser resultado de una culpa imputable al deudor incumplido, para que pueda ella llegar a tener estas consecuencias.

Estos temas expuestos hasta ahora pretenden precisar cómo se enmarcan los requisitos legales para que pueda procederse por un extremo de una relación contractual a reclamar de su correspondiente la reparación, sintetizándolos como doctrinariamente de manera pacífica se viene predicando, en que para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos: ( a ) La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo; ( b ) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y ( e ) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.<sup>55</sup>

En el análisis de los comportamientos desplegados por las partes durante su relación contractual desarrollado en algún capítulo anterior de este laudo, se profundizó profusamente en cómo sin dudas existieron acciones y omisiones de las partes que desembocaron en la inejecución de cargas para ellas convenidas contractualmente, subrayando además que estas acciones y omisiones son imputables a ambas y se presentaron en diferentes actuaciones: unas comunes, otras propias, de manera que esa actitud que pueda ser calificable de negligente, en principio daría para pensar que ambas partes en este proceso podrían ser destinatarias de reclamaciones indemnizatorias, puesto que ambas tendrían vocación de tener que resarcir -en la medida de lo probado- perjuicios a su contraparte, por supuesto y solamente respecto de los daños que resultaren probados como resultado de la litis. Esta reflexión es común a las dos partes aquí enfrentadas.

Toda la profusa teoría del resarcimiento de los daños que se desarrolla en la ley, sus alcances y maneras de tasarlos, las oportunidades de reclamo y las demás variables, están perversamente condicionadas a que quien reclame pago de perjuicios de su contrario y pida que se le mantenga indemne por el

---

<sup>54</sup> Sala Civil, Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010, MP Edgardo Villamil Portilla

<sup>55</sup> Felipe Osterlirz Parodi- LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

incumplimiento del otro, no tenga también la condición de contratante incumplido<sup>56</sup>.

Se resaltó en este escrito hasta la saciedad, que como presupuesto fundamental para la reclamación de perjuicios se exige la presencia de la mora del reclamado como un hecho objetivo (art. 1608 op.cit) desarrollándose por el legislador a renglón seguido, una fatal consecuencia para el reclamante de perjuicios que igualmente se encontrase en mora de cumplir sus cargas contractuales: liberar de la condición de moroso al contratante constreñido a resarcirlo, lo que indefectiblemente se traduce en no estar legitimado para poder exigirle ningún tipo de pago por concepto de indemnización.<sup>57</sup>

Trasladando estas consideraciones legales al caso en estudio se deduce de plano, y así se dirá en la parte resolutive, que estando probado que ambos contratantes se encontraban al momento convenido del cumplimiento de sus obligaciones en recíprocos incumplimientos de varias de sus personales obligaciones, tal situación se traduce en afirmar que bajo estas condiciones ninguno de ellos está en mora y carecen por ende ambos de la legitimación para reclamar del otro el válido resarcimiento de cualquier eventual daño que sus acciones y/u omisiones le pudieren haber generado, independientemente de si los logró probar o no dentro de este expediente.

Ninguna pretensión que contenga el ingrediente indemnizatorio por incumplimiento contractual estará llamada a prosperar para ninguno de los involucrados en este proceso arbitral.

Tendrá el Tribunal que buscar el desenlace del conflicto a la luz de lo expresado por la Jurisprudencia en Sentencia de Sala de Casación Civil de fecha diciembre 7 de 1982 con ponencia del Mag. Jorge Salcedo Segura, y determinar entonces con todos los elementos probatorios a su alcance, qué corresponderá definir con la

---

<sup>56</sup>Expediente 7786 de 2006 -Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación civil -Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. , dieciséis (16) de junio de dos mil seis (2006). *“Es claro que la viabilidad de la acción resolutoria de que trata el precepto legal en cuestión depende no solo de la cabal demostración del incumplimiento del demandado sino de que, de igual modo, logre evidenciarse que el actor efectivamente satisfizo las obligaciones anteriores o simultáneas que tenía a su cargo o que se allanó a cumplirlas, pues, como lo tiene dicho la corporación, “solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma o tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas”, lo cual traduce “que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso”* (G.J., T. CXLVIII, 1ª parte, pág. 202).”

<sup>57</sup> ARTICULO 1609. Código Civil.- <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

relación contractual mutuamente incumplida, quedando establecido desde ya solamente como presupuesto referencia, la imposibilidad de decretar condenas como resultado de pretensiones indemnizatorias para ninguno de los litigantes.<sup>58</sup>

Todo este razonamiento deberá además, para el asunto en examen, complementarse con las probanzas atrás expuestas en relación con el manejo ligero e informal, para decirlo de forma coloquial, en absoluto desconocimiento mutuo de los textos contractuales firmados y que ahora se pretenden exigir, que las partes impartieron al contrato durante el tiempo de su ejecución (marzo de 2013 a Octubre 3 de 2013, fecha de tu terminación) actitudes y manejos que sin lugar a exageraciones pueden ser calificadas de descuidadas y negligentes, tanto en el manejo de la obra que si bien no se evidenció finalmente cuál era su desarrollo al momento de la decisión del ordenante de darla por terminada, si quedó establecido -además de la confesión espontánea del apoderado del actor en su alegato de cierre- presentaba demoras en la atención de los pagos proveedores, atrasos en pagos a trabajadores, así como también en el seguimiento y control de los contratantes en su ejecución, los que se limitaron a ir a la obra eventualmente y, de acuerdo con ese sistema relajado de programación de pagos asumido, proceder a su conveniencia a irrigar los fondos que a su vez el contratista distribuía a su criterio, sin que jamás se le exigiera -a lo menos no se demostró lo contrario- rendición de cuentas ni justificación de gastos, para no mencionar controles de obra que brillan por su ausencia en el acervo probatorio recaudado.

---

<sup>58</sup> "Si ambos han incumplido, ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales, **si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento.** ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (arts. 1610 y 1615 del C. C.). 2) Hace exigible la cláusula penal (arts. 1594 y 1595 del C. C.). Y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreveniente respecto de la cosa debida (arts. 1731 y 1733). **Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreveniente.** Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante: ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del C. C., que dice: «Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. . .». ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena. "En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso. (Subrayas fuera de texto)

Estas conductas probadas llevan a Tribunal a considerar la presencia de una Concurrencia de Culpas de parte de los contratantes, la que, como se analizara previamente, hará nugatorias sus solicitudes de resarcimiento mutuas planteadas en sus demandas.

Hechas estas precisiones, procede entonces el examen de las pretensiones puestas a consideración de este Tribunal, arrancando primero a la revisión de las que fueron propuestas por la parte actora en este arbitraje, así:

### **3.10.1 Conclusiones sobre las pretensiones formuladas en la demanda principal.**

En cuanto los hechos de la demanda que sustentan las pretensiones de la demanda principal el Tribunal encontró lo siguiente:

Según el hecho primero entre los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITAN, como CONTRATANTES, por una parte; y JUAN MALDONADO JLMG LTDA., como CONTRATISTA, por la otra parte, se celebró en Bogotá, el 16 de noviembre de 2013, un contrato que se denominó "CONTRATO DE CONSULTORIA Y OBRA CIVIL No JLMGVUFC-VDL-09-2013" (PROYECTO VIVIENDA MULTIFAMILIAR CAMPESTRE).

Según el convocado no es totalmente cierto porque acepta que se firmaron dos contratos en épocas distintas y un otrosí.

En el material probatorio se encuentran dos contratos firmados entre las partes obrantes a folios 1 a 6 y 250 a 255 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y un otrosí obrante a folios 256 a 257 del Cuaderno de Pruebas No.1.

Sobre el alcance de los contratos ya se ha referido ampliamente el Tribunal, específicamente en el punto 3.9 sobre contrato realidad.

En el segundo hecho según el convocante el objeto del contrato fue la ejecución de los diseños arquitectónicos, diseños complementarios, estudios técnicos, obtención de la licencia de construcción y ejecución de obra para la construcción de una vivienda de tipo unifamiliar campestre altura dos (2) pisos más obras exteriores y una (1) casa de servicios complementarios, altura de un (1) piso, localizada en la vereda El Roble del



Municipio de Villa de Leyva (Boyacá), de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y de materiales diseñados en la consultoría general del proyecto.

Según el convocado esa es la obra civil de los dos documentos.

El objeto del contrato se encuentra en los textos de los contratos, el contrato no fue tachado de falso, sin embargo, en cuanto al contenido de la cláusula primera, a lo largo del proceso se comprobó que ésta sufrió modificaciones tal como quedó explicado en el punto 3.9.

En cuanto al valor del contrato afirma el convocante sería el resultado de multiplicar el área total construida por el precio y/o valor pactado por metro cuadrado construido y acabado, así: "VIVIENDA PRINCIPAL: ÁREA PRIMER PISO: 170 m2. AREA SEGUNDO PISO: 85 m2. Area dura: 102 m2. VALOR POR m2: UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$1.250.000.00) POR M2 PARA LA VIVIENDA PRINCIPAL Y ZONAS EXTERIORES. VIVIENDA SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: AREA: 60 m2. VALOR POR m2: NOVECIENTOS MIL PESOS CON 0/100 CTVS M/CTE (\$900.000.00) POR M2 PARA LA VIVIENDA DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS"

El convocado recuerda que en el otro documento firmado el valor no era determinable sino determinado, entendiendo que para la vivienda principal el valor era de \$186.500.000 y el de la vivienda de servicio \$35.000.000, lo anterior para la expedición de las pólizas.

Para el Tribunal quedó demostrado por medio de la confesión, tanto en la contestación de la demanda como en los interrogatorios de ambas partes, que la suscripción de dos contratos fue exclusivamente para la expedición de las pólizas de seguro, y que la verdadera intención de los contratantes era la de calcular el valor por metro cuadrado.

En lo que tiene que ver con el cuarto hecho que hace referencia al plazo para la ejecución de las obras contratadas fue pactado por las partes 90 días para la consultoría y 9 meses para la obra, lo cual reconoce y acepta el convocado y así lo declarará el Tribunal.

Según el convocante en el hecho quinto los trabajos se iniciaron y se estaban realizando por EL CONTRATISTA de acuerdo con el cronograma acordado y con los dineros desembolsados por EL CONTRATANTE.

El convocado pone de presente que nunca existió un cronograma y que este debió ser entregado por el contratista al contratante, lo cual nunca sucedió.

El Tribunal entiende a lo largo del recaudo probatorio que las partes aceptaron mutuamente los cambios que se fueron realizando tácitamente al contrato, uno de ellos la inexistencia de un cronograma y de una programación de pagos, todo en medio de la informalidad en que se desarrolló el contrato, situación tolerada por ambas partes, en el sentido que los desembolsos se hacían de acuerdo a las conversaciones y disponibilidad de ambas partes.

Según el convocante de acuerdo con el hecho sexto los convocados de manera intempestiva, en carta de 3 de octubre de 2014 enviada por correo electrónico, invocando la condición resolutoria tácita establecida en el artículo 1546 del Código Civil, le expresaron al arquitecto JUAN PABLO MALDONADO GONZALEZ, representante legal de JUAN MALDONADO JLMG LTDA., su decisión de dar por terminado el contrato "con base en su conducta incumplidora de sus obligaciones como contratistas (sic)."; le informaron que las obras realizadas debían ser entregadas al Ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CESPEDES, a quien designaron para esos efectos como su representante, y convocaron a EL CONTRATISTA a una reunión para el 8 de octubre de 2014 a las 10:00 a.m., con el objeto de liquidar el contrato; así mismo, le informaron que habían hecho el pago de salarios a cinco trabajadores de EL CONTRATISTA, señores HENRY GARCIA, PEDRO MUNEVAR, ALFONSO CASTELLANOS, IVAN MUNEVAR y DAGOBERTO MARTINEZ, "en prevención de una demanda laboral en mi contra (sic) como contratante y en base a (sic) una eventual solidaridad...".

Estos hechos son aceptados por la parte convocada justificando sus actuaciones en el incumplimiento del convocante.

El Tribunal encuentra que las comunicaciones mencionadas están arrimadas al proceso y su tenor es el expresado, dándole el alcance probatorio que más adelante se expondrá.

El convocante en el hecho séptimo afirma que el pago a los trabajadores correspondía a la nómina de finales de septiembre, que EL CONTRATISTA se proponía a pagar con el desembolso que EL CONTRATANTE debía hacer y no hizo.

El convocado en la contestación de la demanda no acepta el hecho porque dice desconocer cuándo debía hacer el pago de nómina y porque los desembolsos correspondían a una programación según el avance de la obra y verificación de las obras ejecutadas, lo cual los contratantes nunca recibieron.

El Tribunal encuentra que la afirmación del convocante no se encuentra probada y en cuanto a lo afirmado por el convocado, ya ha dicho el Tribunal que la forma de los desembolsos fue modificada en virtud de las actuaciones probadas de las partes por la tolerancia e informalidad con que se desarrolló mutuamente el contrato.

Afirma el convocante que en la referida comunicación EL CONTRATANTE no especificó cuáles eran los hechos u omisiones constitutivos del incumplimiento que se le imputaba a EL CONTRATISTA, ante lo cual el convocado lo niega diciendo que en la carta se refiere a los hechos del incumplimiento.

El Tribunal encuentra que está probado el hecho señalado por el convocante en el sentido que la carta del 3 de octubre de 2014 no identifica claramente los hechos en que radica el incumplimiento y le dará el alcance probatorio al documento de acuerdo a lo dicho atrás.

Según el convocante conocida la decisión de EL CONTRATANTE, el arquitecto JUAN PABLO MALDONADO G., Representante Legal de EL CONTRATISTA, le dirigió una carta el 7 de octubre de 2014 al ingeniero CAMILO ERNESTO MONTOYA CESPEDES, interventor del Contrato de Consultoría y Obra Civil, en que puso de presente que desconocía las causas que motivaron a EL CONTRATANTE para decretar la terminación del contrato; igualmente, solicitó el aplazamiento de la reunión debido a que se proponía solicitar una revisión del contrato con la asesoría de un ajustador de la aseguradora, y una asesoría de la Sociedad Colombiana de Arquitectos y del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería para una revisión neutral de los diseños y obras ejecutadas; finalmente, propuso como fecha de la reunión el 15 de octubre para acordar una posible suspensión del contrato.

La parte convocada insiste que el convocante si conocía las causas del incumplimiento, en virtud de la carta del 3 de octubre de 2014, lo referente a

las causas que motivaron la solicitud de aplazamiento asegura que no es cierto.

El Tribunal ya ha dicho que está probado que la carta del 3 de octubre de 2014 no contiene de manera clara las razones del incumplimiento, por otro lado, no se encuentran probadas las razones por las cuales se pide el aplazamiento de la reunión.

De acuerdo a lo expresado en el hecho décimo en la misma fecha, 7 de octubre de 2014, el representante legal de EL CONTRATISTA envió una carta a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en la relación con la póliza de garantía del Contrato de Consultoría y Obra Civil.

La convocada asegura que no es un hecho de la contratante.

El Tribunal encuentra en el expediente la carta mencionada (Folio 12 y 13 del Cuaderno de Pruebas No. 2), por cual el hecho de la remisión y su contenido se encuentra probado.

En el hecho décimo primero afirma el demandante que en respuesta a la carta de 3 de octubre, se produjo una comunicación fechada el 8 de octubre de 2014, suscrita por JOSEPH LOUIS CAMACHO, MIREYA GAITÁN y el ingeniero MONTOYA CESPEDES dirigida al representante legal de EL CONTRATISTA, en la cual replicaron que a la carta suya de 3 de octubre se adjuntó como prueba documental del incumplimiento contractual las constancias de pago de salarios a los cinco ya mencionados trabajadores de EL CONTRATISTA; insistieron en que la obra se encontraba paralizada desde el 3 de octubre de 2014 por el supuesto incumplimiento de EL CONTRATISTA; y que éste sería responsable por todos los perjuicios causados por concepto de daño emergente y lucro cesante; finalmente, indicaron que asistirían a la reunión programada para el 15 de octubre a las 9:00 de la mañana.

La convocada reconoce la existencia de la carta del 8 de octubre.

El Tribunal encuentra la carta en el expediente (Folio 14 del Cuaderno de Pruebas No.1) CON EL ALCANCE PROBATORIO...

En el hecho décimo segundo se transcribe el contenido de la carta del 7 de octubre, obrante en el expediente.

Según el convocante de acuerdo con el hecho décimo tercero, las partes acordaron la suspensión del contrato de consultoría y obra civil en la reunión del 15 de octubre de 2014. (En esta reunión se le solicitó al Ingeniero Montoya y al señor Camacho que se realizara un acta de suspensión al contrato para aclarar todas las cosas y que el ing. Montoya presentara sus informes sobre la obra a lo cual se negaron rotundamente a realizar dicha acta de suspensión y esta Acta se les solicitó varias veces de forma legal para así entregarla en la aseguradora y actualizar la situación de las pólizas del contrato)

Esta afirmación es negada por la parte convocada.

No encuentra el Tribunal probada la afirmación que el contrato hubiese estado suspendido.

En el hecho décimo cuarto se afirma que en esa reunión y después en forma reiterada EL CONTRATISTA le solicitó a EL CONTRATANTE y al Ingeniero MONTOYA CESPEDES la elaboración del acta de suspensión del contrato, para entregarla a la aseguradora e informarle esta novedad en el desarrollo del contrato; pero ésta petición fue siempre desatendida por EL CONTRATANTE.

A esta circunstancia la convocada responde que el contrato nunca estuvo suspendido.

El Tribunal encuentra probado este hecho

Según el hecho décimo quinto en la misma reunión, en presencia de todas las personas que en ella intervinieron, EL CONTRATANTE expresó su conformidad con la obra ejecutada hasta el momento, lo cual es negado por la convocada y

El Tribunal no lo encuentra probado, como más adelante se puntualiza.

De acuerdo con el hecho décimo sexto el 15 de octubre de 2014, en presencia del arquitecto JUAN PABLO MALDONADO, del Ingeniero RICARDO MALDONADO, del ingeniero MONTOYA CESPEDES, del señor JOSEPH LOUIS CAMACHO y de la señora MIREYA GAITAN, los ingenieros MANUEL ARCINEGAS y LUIS MANTILLA S., realizaron una inspección a la obra y en carta de octubre 22 de 2014 hicieron constar el resultado de sus observaciones.

El convocado acepta la fecha de la reunión y sus participantes, pero manifiesta que los ingenieros fueron presentados como ajustadores de la Aseguradora,

Esta última afirmación el Tribunal no la encuentra probada.

En el hecho décimo séptimo el convocante se refiere al informe de los ingenieros ARCINIEGAS y MANTILLA como imparcial y rigurosamente sustentado que tiene una importancia crucial porque determinó exactamente el estado de la obra y la cantidad y calidad de los trabajos efectuados por EL CONTRATISTA.

Se resume en el hecho décimo octavo las conclusiones de la inspección a la obra efectuada por los ingenieros ARCINIEGAS y MANTILLA.

Lo mismo sucede en el hecho décimo noveno.

Hechos (17,18 y 19) que son negados por los convocados, y afirman que no aceptan las conclusiones del mencionado informe.

El Tribunal encuentra que el informe mencionado obra en el expediente a Folios 16 a 71 del Cuaderno de Pruebas No. 1, al cual le dará el valor de prueba documental, en el sentido que contiene unas afirmaciones dichas por unos terceros que no fueron ratificadas en el proceso, sin embargo, no cumple con los requisitos necesarios para tenerlo como un informe técnico o dictamen de parte, como más adelante se volverá a mencionar.

En el hecho vigésimo el convocante afirma que debe resaltarse que la contratación, administración, pago de la remuneración y despido del personal de la obra eran potestad de EL CONTRATISTA, según la cláusula TERCERA, numeral 4; así mismo, era obligación suya mantener al frente de la obra el personal idóneo y calificado durante el desarrollo del contrato, según la cláusula SEXTA, lo cual es aceptado por el convocado.

El Tribunal lo encuentra por probado.

En el hecho vigésimo primero se sostiene que en numerosas comunicaciones escritas EL CONTRATISTA solicitó una copia del acta de suspensión del contrato y mostró una posición conciliadora; pero esa actitud no tuvo ninguna reciprocidad en EL CONTRATANTE, pues éste se limitó a

insistir una y otra vez en que el contrato estaba finalizado y que debía procederse a su liquidación.

Este hecho es aceptado por la parte convocada.

Resalta el Tribunal de manera especial que la parte convocada confiesa que la terminación del contrato se hizo sin la respectiva liquidación, requisito indispensable para la legal aplicación del artículo 2056 del Código Civil, lo cual genera las consecuencias que se explican en el capítulo de Consideraciones.

De acuerdo con el hecho vigésimo segundo en carta de 4 de noviembre de 2014 EL CONTRATISTA le informó a EL CONTRATANTE que pondría en conocimiento de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., el incumplimiento del contrato. A lo cual el convocado contesta que no es un hecho de su representada.

El Tribunal encuentra probada la existencia de la carta del 4 de noviembre de 2014 a Folio 80 del Cuaderno de Pruebas No.1.

En el hecho vigésimo tercero el convocante asegura que ante el comportamiento ilegal y arbitrario asumido por EL CONTRATANTE y ante su reiterada determinación de no dialogar, EL CONTRATISTA en carta de 16 de junio de 2015 le expresó que entre las partes habían surgido conflictos de interés que no pudieron ser superados mediante un diálogo directo; y, en consecuencia, lo citó a una reunión en Bogotá en la Calle 44 N° 14-30, oficina 1208 para el 22 de junio a las 11:00 de la mañana, con el objeto de escoger de común acuerdo los tres árbitros que habrían de conformar un tribunal de arbitramento con arreglo a la cláusula VIGÉSIMA QUINTA del contrato.

El convocado niega el comportamiento ilegal y arbitrario y nuevamente reconoce que el contrato no ha sido liquidado.

La carta del 15 de junio de 2016, se encuentra en el expediente a Folio 87 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Por otro lado el Tribunal nuevamente resalta el valor que tiene la confesión de la parte convocada en el sentido de aceptar que el contrato no había sido liquidado y a pesar de ello se dio por terminado.

En el hecho vigésimo cuarto se afirma que en carta de junio 18 de 2015 EL CONTRATANTE le respondió a EL CONTRATISTA que la suya de 16 de junio no se ajustaba "a la literalidad de la cláusula VIGÉSIMA QUINTA del

contrato", razón por la cual no asistiría a la reunión, lo cual es aceptado por el convocado.

El Tribunal lo tiene por probado por encontrarse en el Folio 88 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

En el hecho vigésimo quinto se transcribe la cláusula compromisoria.

En el hecho vigésimo sexto el convocante afirma que EL CONTRATISTA ha cumplido todas y cada una de sus obligaciones contractuales, lo cual es negado rotundamente por el convocado.

Frente a este hecho el Tribunal en el capítulo de Consideraciones dejó en claro que en el presente caso ha existido un incumplimiento mutuo y su probanza.

En el hecho vigésimo séptimo el convocado enfatiza que el contratante ha violado ostensiblemente sus obligaciones y por tanto no tiene ningún derecho a invocar en su favor la cláusula resolutoria tácita, lo cual es negado por el convocado.

El Tribunal reafirma que luego del debate probatorio se deduce que ambas partes han incumplido con sus obligaciones.

Según el hecho VIGÉSIMO OCTAVO considera que el contrato está vigente pues EL CONTRATISTA rechaza de plano que EL CONTRATANTE, por sí y ante sí, lo declare finalizado sin ninguna razón. Lo cual es negado por el convocado.

El Tribunal como lo dijo en el capítulo de consideraciones considera que el contrato fue terminado por los contratantes de la obra, aunque sin el cumplimiento de todos los requisitos legales, lo cual genera las consecuencias allí indicadas.

El hecho VIGÉSIMO NOVENO se hace referencia a la CLÁUSULA OCTAVA del contrato en la cual se estipuló una sanción a título de cláusula penal pecuniaria, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, equivalente al 10% del valor total del contrato, el convocado lo acepta, pero afirma que en la subsanación de la demanda el convocante desistió de cualquier cobro por este concepto,

El Tribunal lo encuentra probado de acuerdo al escrito obrante a Folio 207 del Cuaderno Principal No. 1.



En el hecho trigésimo el demandante afirma que Los perjuicios por daño emergente y lucro cesante causados a EL CONTRATISTA por el incumplimiento contractual de EL CONTRATANTE, tiene a la fecha un valor global de \$124.153.769.00, frente a lo cual el convocado solicita que se pruebe.

El Tribunal considera que la valor de los perjuicios se encuentra probado de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 206 del CGP, en la medida que el juramento estimatorio no fue objetado por el convocado, sin embargo no habrá lugar a la indemnización por cuanto así la suma esté en firme, no se probó la existencia del perjuicio, más allá de estar probada la cuantía en virtud del efecto que la norma dá al Juramento Estimatorio que no es objeto de debate por la vía de su objeción.

En lo hechos trigésimo primero y trigésimo segundo se anuncia el inicio del presente trámite arbitral.

Teniendo en cuenta este análisis respecto de cada uno de los hechos relacionados en la demanda, su contradicción y el resultado de su probanza, contenidos en las páginas que anteceden, el Tribunal procede a dar aplicación a las exigencias del inciso segundo del artículo 280 del CGP y a plasmar su expresa decisión sobre todas y cada una de las pretensiones planteadas, así que pasará a exponer las siguientes consideraciones que tiene frente a cada una de las pretensiones formuladas en la demanda de convocatoria a este procedimiento y su procedencia y prosperidad como resultado de lo efectivamente demostrado:

I.- En cuanto a la pretensión primera propuesta por el demandante, conforme la cual aspira a que se declare el incumplimiento contractual del Contratante al dar por terminado unilateralmente el contrato de obra convenido, fue extenso el material aportado respecto de la manera cómo se considera debe procederse por parte del ordenante de una obra que quiere dar terminación unilateral al encargo, en aplicación del precepto del inciso 2° del artículo 2056 del Código Civil, tantas veces esgrimido por los demandados tanto en sus escritos, como en su alegato conclusivo.

Contiene el numeral 3.7.2 de este escrito, unas puntuales reflexiones en relación con la manera como se estructura legalmente esta prerrogativa de terminación unilateral del contrato de obra, explicando cómo, conforme la misma norma, la facultad revocatoria debe ir acompañada del estricto cubrimiento del pago de los tres ítems que ella misma contiene, y que es el concepto y el acervo que debe atenderse concomitantemente con la terminación del contrato y que por supuesto

debe acreditarse cabalmente estar cumplida y totalmente pagada, al pretender ampararse en esta facultad legal de terminación contractual.

El principio de *“onus probandi”*, incorporado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al vigente artículo 167 del Código General del Proceso, que advierte en similar sentido que su antecesor, que ...*“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”*, bajo el entendido de que quien alega un incumplimiento bajo las consideraciones del artículo 1609 del Código Civil, por ejemplo, debe probar que no incumplió primero o que no está en mora de cumplir y además señalar sin lugar a duda los elementos fácticos y los soportes probatorios de los hechos puntuales en que se apoya la defensa propuesta. En suma, quien afirma debe probar su afirmación.

Dentro del desarrollo de la Litis, la parte presuntamente amparada con la posibilidad de finalización contractual del artículo 2056 al que nos referimos, no desplegó el menor esfuerzo probatorio por acreditar la manera, el monto y oportunidad en que ella atendió las exigencias liberatorias de pago que la citada norma le impone, más aún aceptó expresamente que el contrato de obra se encontraba sin liquidar, y muy por el contrario a su carga de prueba, guardó silencio y expuso una subjetiva consideración apoyada en el incumplimiento contractual del contratista que -según ella- no acreditó el valor de la obra realizada, ni demostró el exacto monto de la utilidad esperada, razonamientos y argumentaciones que no son de recibo, puesto que, se recalca, la carga probatoria encaminada a demostrar estar cumplido con todo y acogerse a la prerrogativa propia del contrato de obra de su terminación unilateral, es absolutamente a cargo de quien pretenda aprovecharse de su existencia.

Por lo expuesto, frente a la pretensión del demandante de considerar ilegal la forma en que se le terminó unilateralmente su contrato, el Tribunal accederá a declarar el incumplimiento de los señores JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN del CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No. JLMG-VUFC-VDL-09-2013 con sus modificaciones fácticas de las que fue objeto y que tantas veces fueron resaltadas, por cuanto como ha quedado demostrado a lo largo del Laudo, los convocados no dieron cumplimiento a las condiciones del Artículo 2056 para que la terminación del contrato de obra fuera legal, en especial lo relacionado al pago de los ítems en ese artículo estipulados, motivo por el cual deberá considerarse como ilegal dicho proceder.

II.-Respecto de la segunda pretensión en la cual se solicita la resolución del contrato objeto de litigio, corresponde puntualizar primeramente este concepto:

La palabra resolución (del latín *resolutio*) significa deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato.

La resolución deja sin efecto, judicial o extrajudicialmente, un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración que impide que cumpla su finalidad económica.

Solamente el acreedor de la prestación no ejecutada o sus herederos pueden invocar, judicial o extrajudicialmente, la resolución del contrato. El deudor de la prestación no ejecutada no tiene la facultad de resolver el contrato; no puede valerse de la inejecución de su propia prestación para escapar de su palabra empeñada resolviendo el contrato, lo mismo que los acreedores del titular de la acción resolutoria son quienes pueden invocar la resolución del contrato a través de la acción correspondiente, específicamente la contenida en el artículo 1546 del ordenamiento civil, expuesta detalladamente en el numeral 3.4.1.1 del presente escrito.

El hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato puede ser imputable a la otra parte (ej., el incumplimiento) o puede ser extraño a la voluntad de ambas (caso fortuito) o por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico y que acuerdan dejarlo sin efecto.

La relevancia de la incidencia del hecho sobreviviente sobre los efectos del contrato unifica todas las hipótesis de resolución y justifica la unidad de la terminología, pero la diferencia de presupuestos obliga a tratar separadamente cada una de las figuras de resolución reguladas por el ordenamiento jurídico civil: resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida y por sobrevenida excesiva onerosidad.

Comoquiera que la causa mediante la cual se puso fin al contrato que existiera entre las partes de este proceso arbitral, es que fue unilateralmente terminado por el contratante acogiendo -en su decir- a la facultad que le concedía la ley civil, procedimiento que si bien no fue ejecutado de manera perfecta y completa por quien lo alegó, tal como arriba se vio, sí definitivamente le puso fin al contrato, por lo que una pretensión que solicite la resolución contractual de una relación terminada por la revocatoria unilateral de una de las partes será negada, por la razón muchas veces esgrimida por el Tribunal en el sentido de entender que el contrato está terminado por la aplicación del artículo 2056, tantas veces mencionado, a pesar de que no se probara el pago efectivo de las sumas allí

consagradas, con las consecuencias legales que dicha omisión pudiera acarrear al encargado como responsable de la fallida prueba.

Respecto de esta especial condición -la de la no atención del pago exigido y sus consecuencias- por no tratarse de un asunto puesto a resolución del Tribunal, por parte de ninguno de los intervinientes en el proceso, no será expresado sobre éste, pronunciamiento alguno.

III.- En la tercera pretensión se solicita el pago de perjuicios causados por el incumplimiento, del contratante que puso fin a la relación.

Sobre esta especial petición, vuelve a traer el Tribunal las consideraciones hechas en el inicio del numeral de este escrito, en relación con la procedencia de indemnizaciones cuando quien las reclaman no tienen la condición de contratantes cumplidos, circunstancia que se pudo probar -como atrás se expuso- motivo por el cual la misma será negada, porque a pesar de que prosperara la primera pretensión relativa al incumplimiento, a lo largo de este proceso, se insiste, se ha probado el mutuo incumplimiento de las partes y la consecuencia de este incumplimiento, es precisamente enervar la posibilidad de perseguir el pago de perjuicios.

IV.- La pretensión cuarta original fue desistida por el actor en el escrito de la subsanación de la demanda.

V.- Frente a la pretensión quinta propuesta, la cual incluye condenas por concepto de ajustes monetarios resultado de condenas indemnizatorias, el Tribunal se atiene a lo dicho para la pretensión tercera y se denegará.

VI.- La sexta pretensión, la de la condena en costas, no es una pretensión como tal, sino un punto sobre el cual debe decidir el Tribunal de oficio por mandato de misma ley, esto conforme a las reglas de los artículos 365 y 366 del CGP, de lo cual se ocupará más adelante en este Laudo.

### **3.10.2 Conclusiones sobre las excepciones a la demanda principal**

Se impone en este estado para el Tribunal, entrar a precisar el alcance del concepto de Excepción de Fondo, conforme con lo que el ordenamiento procesal concibe es un medio idóneo de defensa dentro de una contienda judicial.

El artículo 96 del Código General del Proceso establece que la contestación de la demanda contendrá (...)“3. Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio y la alegación del derecho de retención si fuere el caso”.

(subrayas fuera)

Sobre las excepciones, sus requisitos y condiciones para que sean tenidas como tales, tal y como arriba se anunció se exige, para que un intento de defensa judicial sea apreciado como tal, expuso el Maestro Hernando Devis Echandía:

*“La excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos”*<sup>59</sup>

Se repite: El principio de “*onus probandi*”, incorporado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al vigente artículo 167 del Código General del Proceso, que advierte en similar sentido que su antecesor, que ...“*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...*”, bajo el entendido de que quien alegara un incumplimiento bajo las consideraciones del artículo 1609 del Código Civil, por ejemplo, deberá probar que no incumplió primero o que no está en mora de cumplir y además señalar sin lugar a duda los elementos fácticos y los soportes probatorios de los hechos puntuales en que se apoya la defensa propuesta.

En desarrollo del referido principio *onus probandi*, dijo la sentencia No. 110013103034200100725 01 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 16 de junio de 2010:

*“...Efectuadas estas precisiones, desde ya se anuncia la confirmación de la sentencia apelada, habida cuenta que en el proceso no existe prueba de los hechos que soportan las excepciones propuestas por la apelante, en franco incumplimiento de la carga que le imponía el artículo 177 del C.P.C.*

*En este sentido se destaca que la señora Mendivelso dejó de acreditar el fundamento fáctico en el que soportó su defensa, por cierto, común a las tres excepciones que formuló (falta de legitimación en la causa por pasiva,*

---

<sup>59</sup> Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. 13 edición. Bogotá: Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1994, pág. 244.

*falsedad de la letra de cambio e inexistencia de la obligación que se pretende ejecutar), consistente en que no fue ella quien suscribió la letra de cambio que soporta la ejecución.*

*Sobre esa afirmación y su consecuente de no ser ella la deudora, no existe más respaldo que su propio dicho, por lo que es necesario recordar que nadie tiene el privilegio de hacer de su versión prueba de lo que dice, pues “es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba”; de allí que “quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez...” (subrayas fuera)*

Se deduce hasta ahora de lo dicho que una excepción de fondo, para que pueda ser apreciada como tal, debe cumplir entonces a lo menos con dos condiciones:

1. Basarse en fundamentos de hecho determinados, señalados y definidos.
2. Contar, esos fundamentos, con la plena prueba de su ocurrencia, de forma que no quede para el Juez el menor asomo de duda de que esos hechos señalados expresamente por el excepcionante como el fundamento de la defensa que plantea, se dieron y se acreditó su presencia que desarrolla la efectividad de oposición que se enfrenta a la pretensión atacada.

La ausencia de alguna de estas condiciones hará que esa intención de defensa quede en un simple conato de la misma, pero que no pueda ser analizada puntualmente como tal, por parte del juez de la causa.

Se ha establecido complementariamente por la jurisprudencia, que una de las cargas esenciales de quien acude a la administración de justicia, *“es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan”*<sup>60</sup>.

Dicha carga de probar, conocida como principio *“onus probandi”*<sup>61</sup>, obliga a las partes, con el fin de obtener una decisión acorde a los hechos invocados bien en

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-086/16, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

<sup>61</sup> “... Quizás vale la pena precisar que el aforismo *actori incumbit onus probandi* no quiere decir que la carga de la prueba corresponda, siempre, al actor. Es verdad que una vez que el demandante ha acreditado el

la demanda o bien en la contestación de la misma, demostrar a través de los medios de prueba establecidos en el artículo 165 del Código General del Proceso, probar cada una de sus argumentaciones, incluidas las excepciones de mérito así como las previas, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo<sup>62</sup>:

*“... Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”<sup>63</sup>.*

En virtud de la norma citada, examinando lo acaecido con esta capítulo en el escrito correspondiente, le correspondía a la parte convocada o demandada JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, no sólo dar respuesta a los hechos conforme lo señala el numeral 2<sup>64</sup> del artículo 96 del Código General del Proceso, sino formular las excepciones de mérito acorde con la contestación de los hechos de la demanda y aportar o solicitar las pruebas que sustentaran dichas excepciones, tal y como lo dispone el artículo 167 del Código General del Proceso.

El apoderado de la parte convocada al punto de plantear las excepciones de mérito en el capítulo IV de su escrito y sobre las cuales sustentaba su defensa contra los ataques del convocante, se limitó a señalar un título enunciativo de la excepción que formulaba y la norma que servía de aparente sustento, sin entrar a controvertir, discutir o replantear los hechos de la demanda junto con sus manifestaciones a cada uno de ellos en la contestación de la demanda, así como tampoco discutió las pruebas aportadas por el demandante para sustentar sus

---

*fundamento de su acción, la razón por la cual pretende que el demandado de, haga o no haga algo en su beneficio, la sola negativa del demandado a las afirmaciones del actor le será, en principio, suficiente; sin que esté obligado, cuando así procede, a rendir prueba alguna de su parte. Pero no es menos cierto, también, que cuando la defensa esgrimida por el demandado no se limita a una simple negativa de la causa petendi, de los hechos invocados como fundamento de la pretensión, sino que va más allá alegando, a su turno, pago u otros hechos extintivos de la obligación pretendida, las excepciones que en tal sentido formule el demandado deberán ser probadas por él...”* Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 10 de Julio de 2001

<sup>62</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-086/16, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993

<sup>64</sup> “Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan...”.

pretensiones, ni solicitó las pruebas en debida forma, pues se circunscribió a señalar que ...“*Solicito que se aprecien las presentadas y pedidas con la demanda de reconvencción*”..., cuando lo pertinente es que el apoderado señale las pruebas que el Tribunal deberá tener en cuenta para la contestación de la demanda y el estudio sobre la eventual eficacia de sus medios de defensa.

Al respecto, el apoderado en el caso que nos ocupa, sin entrar en detalles ni explicaciones de ninguna índole y en una desordenada exposición, pretende que el Tribunal declare la prosperidad de las excepciones por él así planteadas, sin determinar aspectos relevantes y necesarios para ello, como por ejemplo, (i) cuáles eran los hechos que demostraban que la parte demandante aparentemente no cumplió el contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013, (ii) cuál era la prueba del incumplimiento del contrato por parte del contratista, (iii) si se efectuó el requerimiento del contratante al contratista para que diera cumplimiento al contrato, cómo se demostraba el cumplimiento del contrato por parte del contratante, (iv) cómo se demostraba que la terminación del contrato por JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN se ajustaba a las condiciones pactadas en el contrato y que era consecuencia del incumplimiento del convocante (contratista), (v) cuáles fueron las pruebas de los pagos y (vi) cómo pretendía probar el demandado que dichos pagos se hicieron en los términos y condiciones del contrato<sup>65</sup>.

Estas circunstancias de planteamiento defensivo, brillan por su ausencia.

Para el Tribunal, como consecuencia de lo expuesto, resulta diáfano señalar, que las pretendidas excepciones de mérito planteadas en la contestación de la demanda por JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, no podrán ser apreciadas como tales y por ende deberán despacharse desfavorablemente tal y como fueron planteadas.

---

<sup>65</sup> “... En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio. De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones. Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10- 002-1998-00467-01.M.P. Edgardo Villamil Portilla)



Empero lo expuesto, se mantiene para el Tribunal la carga procesal incorporada en el artículo 282, inciso 3° del CGP y de encontrar probada alguna circunstancia constitutiva de excepción de fondo, así deberá declararse.

Conforme esta precisión, en este punto relacionado con las excepciones a la demanda arbitral, si bien no se hará una revisión singular de las que se incorporaran en el escrito correspondiente, todo por las razones procesales arriba anotadas, sí es necesario revisar los hechos y circunstancias que quedaron probados a lo largo del proceso y que pudieren enmarcarse dentro de los parámetros tan comentados del art. 282, inciso 1° del CGP.

Evidentemente frente a la informalidad y relajamiento de la vida contractual de las partes durante la vigencia de su relación, ambos contratantes en sus deposiciones, escritos y alegaciones dejaron claro cómo era su escenario para los meses de septiembre y octubre de 2014, momento en que se presentó la ruptura contractual por decisión del contratante, circunstancias que si bien están descritas junto con sus probanzas en el numeral 3.8 de este escrito, se esquematizan como sigue:

- Dentro de la ausencia de un programa de pagos convenido, siendo aceptado por los contratantes que ellos se vendrían llevando a cabo como resultado de las conversaciones que para cada etapa se adelantarán, la firma contratista estaba a la espera de un desembolso que el Señor Camacho haría por esos días.
- Para ese momento, de acuerdo con los testimonios recibidos por proveedores de la obra y por los mismos contratantes y las manifestaciones de sus apoderados, existían atrasos en la atención de sus cuentas, resultado de la manera como la firma contratista distribuía los recursos cada vez que recibía pagos del contratante, y estaban pendientes pagos de salarios del personal de la obra y otras cargas propias a cargo del contratista.
- El desarrollo de la obra, al parecer, pues no hubo prueba que lo estableciera de forma firme, presentaba atrasos, resultado, se insiste, de la informalidad en su manejo y verificación por parte de los contratantes, pero no hay evidencia de requerimientos o reclamaciones por parte del ordenante de las obras, de su aceleración, ajustes o inconformidades.
- Se desprende del examen de las cuentas que presentara el contratista a solicitud del Tribunal, la manera singular de aplicar y gastar los fondos recibidos, circunstancias que fueron objeto de

incomodidad por parte de los contratantes, como lo manifestaran de viva voz en su alegato conclusivo.

- Los contratantes, en lugar de hacer entrega de ese pago esperado, deciden cancelar los salarios pendientes de los trabajadores y hacer uso -en la forma irregular e incompleta antes expuesta- de su prerrogativa de terminar el contrato de obra material vigente y efectivamente lo dan por terminado.

De esta sucinta relación de hechos probados para el momento del fin de la relación contractual, sumado a la expresa manifestación del apoderado de los convocantes iniciales relacionado con los incumplimientos y atrasos que se traían, puede evidenciarse que tanto la sociedad contratista, como los contratantes no estaban atendiendo cumplidamente sus cargas convenidas por su propia voluntad y procederes, lo que lleva al Tribunal a concluir que para ninguna de las dos la condición de parte cumplida o allanada a cumplir podía predicarse, por lo que es de aplicación el precepto contenido en el artículo 1609 del código civil, lo que hace nugatorias las pretensiones dirigidas a que se declare la exigencia de cumplimiento del contrato, resarcimiento en daños y pago de perjuicios, y así se señalará en la parte resolutive de este pronunciamiento.

Igualmente y como se probara con los testimonios de los testigos y las propias confesiones de las partes, el nivel de desentendimiento de los contratantes, litisconsortes necesarios y obligados solidarios en el seguimiento y vigilancia de las obras, al igual que la situación de permanente desatención de los proveedores que mantenían un “manejable atraso”, al decir del contratista, en las cuentas del proyecto, llevan al Tribunal a encontrar un concurso de culpas en las partes de este contrato, con las consecuencias legales que atrás se expusieron exhaustivamente.

Así las cosas, se repite, en aplicación del mandato del inciso 1° del art. 282 op.cit., se tendrá por probado el mutuo incumplimiento y la concurrencia de culpas de los intervinientes originales del contrato de obra, lo que hará que no prosperen pretensiones de ninguno de ellos que se encaminen, como ya se advirtió, a pedir declaraciones y/o condenas exclusivas de un contratante cumplido o, a lo menos allanado a cumplir.

### **3.10.3 Conclusiones sobre las pretensiones de la demanda de reconvención reformada**

Para decidir sobre las pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal se referiría a cada uno de los hechos y su prueba.

En el hecho primero se afirma la celebración del contrato JLMG-VUFC-VDL-09-2013 de fecha 15 de Noviembre de 2013, identificando a las partes.

La parte demandada acepta los hechos descritos en el numeral 1 de la demanda de reconvención.

Frente a la celebración del contrato el Tribunal ya se pronunció al referirse al punto en el numeral 3.9.1.

En el hecho segundo se refiere a la obra civil haciendo mención del objeto, el valor, los plazos, forma de pago.

Frente a la forma de pago: se hace mención a la cláusula quinta del contrato y en el punto 2.4.3.1. admite que *“NO hubo actas de avance de obras, ni programación de obra, ni el Flujo de caja realizado para la ejecución de este Proyecto, conocidos por la contratante.”*

Adicionalmente la parte convocante frente a los informes de avances de obra en la contestación de la demanda advierte que *“Debe aclararse que la elaboración de actas de avance de obra se dificultó por diversas razones, entre éstas los problemas de salud de JOSEPH LOUIS CAMACHO y sus viajes constantes a los Estado Unidos. Esto obligó a que el desarrollo del contrato se fuera realizando con informes verbales realizados en campo.”*

La afirmación hecha por el convocante la encuentra probada el Tribunal de los varios testimonios y de los interrogatorios de las partes.

Advierte el Tribunal que manifestaciones como éstas, hacen deducir la informalidad tolerada por ambas partes en el desarrollo de la relación contractual.

En el punto 2.6.1 hace referencia al segundo contrato firmado por las partes, tema que ya ha sido discutido por el Tribunal.

En el numeral 2.7 se refiere al desarrollo del contrato haciendo referencia en primer lugar a las actas de obra, a lo cual el Tribunal ya hizo referencia.

En el numeral 2.7.2 se menciona el informe del Ingeniero Camilo Montoya, el cual el Tribunal lo encuentra en el expediente a Folios 140 a 198 y frente

al mismo dará aplicación a lo ya mencionado anteriormente, en el sentido de indicar que a dicho informe se la dará el valor probatorio de cualquier documento sin que pueda ser considerado como un dictamen pericial y sin que su contenido haya sido discutido con la contraparte.

En el hecho 2.8 afirma nuevamente que no hay cronograma ni presupuesto. Frente a esta afirmación el convocante sostiene nuevamente que nunca existieron pero que a pesar de ello las obras se desarrollaron de manera coherente una por una y que nunca tuvo ningún inconveniente o queja por parte del Señor Camacho.

Esta última afirmación la encuentra probada el Tribunal de los interrogatorios de parte del Señor Maldonado y el Señor Camacho, así como de las confesiones espontáneas en los textos de demandas y contestaciones, lo que demuestra que el convocado aceptó y toleró que el contrato se manejara así, como ya lo ha dicho el Tribunal, las partes con su actuar modificaron esos términos del contrato.

En el 2.9 se afirma el incumplimiento de la contratista, frente a lo cual el Tribunal ya ha tenido la oportunidad de dejar sentado que considera probado el incumplimiento mutuo.

Tal y como se desarrolló para la demanda arbitral inicial, en numeral anterior, se ocupa el Tribunal de pronunciarse en relación con las pretensiones de la demanda en reconvención y sus correspondientes excepciones tal y como sigue, advirtiéndose que, siguiendo lo resuelto en el auto de asunción de competencia y en razón a la inclusión que los demandantes en reconvención, mediante escrito de reforma de su escrito demandatorio hicieran, incluyendo a la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. como parte, providencia en la que no se asumió competencia respecto de las pretensiones que como parte contra-demandada se plantearan contra la mencionada empresa aseguradora, no habrá entonces pronunciamiento alguno en lo que a este especial tópico pudiera corresponder.

Revisados los hechos planteados como fundamento de las pretensiones de esta demanda, sus contradicciones y los que efectivamente alcanzaron la condición de estarse probados, procede entonces establecer su incidencia respecto de las mencionadas pretensiones planteadas en tal oportunidad.

Las Pretensiones Declaratorias.

I.- La primera pretensión contiene la petición absolutoria para los convocados-demandantes en reconvención respecto de su legal proceder y liberación contractual del vínculo existente como desarrollo del Contrato de Obra con la firma JUAN MALDONADO JLMG LTDA, resultado de la terminación unilateral que mediante comunicación de octubre 3 de 2014 se le comunicare a ésta, con fundamento -en el decir del demandante- del incumplimiento contractual del contratista que éste venía presentando.

En numerales anteriores ya se refirió el Tribunal, y así lo recalca, que la condición de parte contractual incumplida es predicable para ambos involucrados en el supramencionado contrato de obra, y de igual forma -en numerales adicionales de este laudo- ya se dejaron claros los parámetros dentro de los cuales las acciones derivadas de incumplimientos contractuales solo son predicables para el contratante que estuviere cumpliendo cabalmente con sus cargas, situaciones que no son las que rodearon a los Camacho-Gaitán al momento de terminar el contrato existente. Por esto su pretensión en tal sentido no prosperará, sumado al hecho, ya antes expuesto y ampliamente desarrollado en este pronunciamiento, que la prerrogativa de terminación unilateral predicable para los contratos de obra (art. 2056 C.C.) no fue cabalmente atendida por los mismos mencionados contratantes, resultando de esa desatención, que no pueda tenerse como ajustada a derecho esa actuación de finiquito contractual.

Por lo dicho, la pretensión, se repite, no prosperará.

II.- La segunda pretensión, encaminada a declarar a la sociedad convocante JUAN MALDONADO JMLG LTDA, como parte incumplida dentro de la relación contractual en estudio, ya fue atrás estudiada y resuelta en cuanto corresponde a que esa condición de parte incumplida no solamente es endilgable a la citada sociedad, sino que es extensiva su condición a la de los propios demandantes en reconvención quienes, ya igualmente se dijo, comparten dicha situación con las consecuencias que ello genera conforme a la ley.

Se probó efectivamente que la sociedad demandada en reconvención incumplió sus cargas contractuales, así se declarará, solo que por, repetimos, ser la condición de incumplida común a ambos litigantes, esta declaración no generará las consecuencias que igualmente se piden, todo, se resalta, como se advirtió y se ha reiterado, resultado de los mutuos incumplimientos y la concurrencia de las culpas que se han ventilado en este pronunciamiento.

III.- La tercera pretensión, por ser fundamentalmente una secuela y una repetición de las anteriores, se despachará negativamente, puesto que, (i) los demandantes

no dieron cumplimiento con las exigencias que como ordenante de obra la ley impone (art. 2056 C.C.) para una válida revocatoria unilateral del encargo de construcción, (ii) se encontraban en condición de incumplidos en las cargas contractuales que de acuerdo con sus propios actos generaron para con la sociedad contratista y (iii) actuaron con absoluto descuido y culpa en el seguimiento, vigilancia y exigencia del cumplimiento de las cargas que les correspondía exigir de su interlocutor, en ejercicio, todo, de lo probado como realidad contractual dentro de este proceso.

### Las Pretensiones Condenatorias

Se advirtió al inicio de este numeral, las consecuencias legales que conlleva para un litigante que incoa acciones propias del incumplimiento de un contrato bilateral tener él concomitantemente la condición de incumplido y cómo esas consecuencias profusamente desarrolladas en acápite propio, son predicables a ambos actantes, como demandantes y como demandados, dentro de este proceso, por lo que ninguna aspiración reparatoria, bien por vía indemnizatoria, de compensaciones, cláusula penales, correcciones monetarias o rendimientos moratorios habrán de tener éxito para ninguno, dentro de este proceso arbitral.

Baste referirse a lo expuesto en el numeral 3.4 de este escrito, para encontrar el sustento de esta tajante negativa.

#### **3.10.4 Conclusiones sobre las excepciones frente a la demanda de reconvención.**

Desestimadas entonces las pretensiones de la demanda de reconvención, queda así el Tribunal relevado de entrar en el estudio de las excepciones de fondo planteadas por la demandada en tal condición frente a tales súplicas, debido a que, como es sabido, si esos medios exceptivos tienen por fin desvirtuar la acción, sobra estudiarlos cuando el derecho reclamado no se estructura.

#### **3.10.5 Conclusiones sobre las pretensiones frente al llamado en garantía.**

Corresponde resolver en este estado, lo decidible en relación con la actuación de los demandados resultado de su petición de llamar en garantía -en los términos del artículo 64 del C.G.P.<sup>66</sup>- a la sociedad SEGUROS GENERALES

---

<sup>66</sup> ARTÍCULO 64.C.G.P. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva,

SURAMERICANA S.A., y que obra a folios 252 a 257 del Cuaderno Principal No.1 de este expediente, cuyos fundamentos fácticos, tanto del llamamiento como de su respuesta por parte de la sociedad llamada en tal condición, se encuentran transcritos en anterior numeral de este escrito.

De complementaria manera, se resolverá sobre la procedencia de la pretensión expuesta por el llamante en garantía, consistente en que se ordene al llamado en esa condición, mediante expreso pronunciamiento, al pago de los amparos contractuales a favor de ambos demandados, JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN, en los términos de la póliza expedida, y de conformidad y modo con la forma como ellos la plantearon en las pretensiones que incluyeron en la demanda de reconvención.

Coherentemente con esta petición, así planteada, correspondería entonces volver a revisar la pretensión que en tal sentido se expuso <sup>67</sup> contenida en el numeral 2 de su capítulo de Pretensiones del escrito del llamamiento, en el cual se pide la declaratoria de una condena solidaria de la Compañía Aseguradora en cuestión .- conjuntamente con el demandado en reconvención, pretensión a la que ya este laudo se refirió en pasado episodio y descartó, pero que ante esta situación debería ser revisada, en lo que atañe a la responsabilidad eventual de la llamada en garantía, actuando en tal condición exclusivamente.

A esta pretensión de condena solidaria se opuso la Compañía de Seguros SURAMERICANA y planteó como excepciones, entre otras, <sup>68</sup>la de la improcedencia del uso de esta figura procesal para el caso en decisión, presupuesto éste que considera el Tribunal debe ser -independientemente de estar o no incluido como excepción por parte del llamado en garantía- objeto de un inicial estudio por parte del propio juez en lo que toca con su procedencia dentro del proceso, en razón a que una vez ello se esclarezca, se establecerá o no la necesidad de referirse y adentrarse en detalle tanto en los presupuestos fácticos efectivamente probados, como en el contenido de las pretensiones y de las excepciones que sobre el punto se han planteado por los intervinientes.

Con ocasión de la revisión que sobre la constitucionalidad del artículo 37 de la ley 1563 se adelantó, se hizo del mencionado artículo 64, por parte de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-170/14, un juicioso estudio de esta figura

---

o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

<sup>67</sup> Folio 373 del Cuaderno Principal 1

<sup>68</sup> Folio 456 Cuaderno Principal 1

procesal en procesos de arbitraje, estudio que será el insumo obligado para la decisión a adoptarse sobre este especial tópico que corresponde despachar.

En este pronunciamiento jurisprudencial se puntualizó el alcance del artículo 64 op.cit., estableciéndose cómo éste es procedente y debe dársele curso, solo cuando alguien que considera tener un vínculo legal o contractual con una tercera persona que no es parte dentro de un proceso judicial, afirma simplemente<sup>69</sup> que es esa tercera persona quien debería, en caso de que quien la llama sea obligado por virtud de la decisión judicial a adoptarse a pagar un perjuicio, la que lo debería pagar o esté obligada -esa tercera persona- a reembolsarle lo que ese llamante deba pagar como resultado de esa sentencia que le es contraria y es así que pide, con base en esa simple afirmación subjetiva que consagra el art. 64, que el juez que conoce de ese litigio en que está él involucrado, por activa o por pasiva, resuelva respecto de tal circunstancia y expida las decisiones correspondientes respecto de la responsabilidad legal o contractual de este tercero que se llama efectivamente tenga o no con su llamante, todo, como así se ha entendido, en aplicación de un principio de Economía Procesal<sup>70</sup>.

En este punto el Tribunal, además de las precisiones hechas en el numeral correspondiente respecto de las partes intervinientes en un contrato de seguros, toma como propias las consideraciones de la sociedad llamada en garantía

---

<sup>69</sup> En el texto del artículo correspondiente del Código de Procedimiento Civil, esta simple exigencia de la afirmación no tenía este alcance, ya que se exigía, al tenor de la norma, que el llamamiento en garantía procedía respecto de quien tenía ese vínculo legal o contractual, lo cual llevaba a pensar que era una exigencia que requería de la consolidación probada de ese derecho, situación que el C.G.P. modificó, exigiéndose la sola afirmación hecha por el llamante en garantía.

<sup>70</sup> ). ...”En este orden de ideas, el artículo 64 del Código General del Proceso en cuanto al llamamiento en garantía dispone: “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

El llamamiento en garantía surge como consecuencia de una relación de carácter legal o de una relación contractual, verbigracia cuando se trata de aquellas reclamaciones cuya causa es el contrato de seguro. En este orden de ideas el llamamiento en garantía corresponde a “una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante”.

El llamado en garantía como tercero, puede ejercer actos procesales tales como (i) la facultad de adicionar la demanda si es llamado por el demandante; (ii) contestar la demanda si es llamado por el demandado; (iii) proponer excepciones previas, mixtas o de mérito; y, (iv) en términos generales negarse o no aceptar el llamamiento. Sin embargo, el llamado en garantía no es parte, sino un tercero, que como se dijo, tiene una relación sustancial con una de las partes, el llamante. Relación de la que se deriva la obligación de que el garante responda por quien lo ha llamado. Bajo estas premisas, puede concluirse que el llamado en garantía es un tercero que, en relación de necesidad, participa en el proceso arbitral, según se vio, pero no es parte. Acude al proceso en virtud del instituto procesal del llamamiento, que se sustenta en un mandato legal o en una relación de carácter contractual.”... (Negrillas y subrayas fuera)



contenidas en las páginas 7,8 y 9 de su escrito de respuesta al llamamiento en revisión<sup>71</sup>, en lo que respecta a las condiciones y calidades de las personas intervinientes en el contrato de seguro que aquí se pretende se haga valer, sus condiciones, derechos y obligaciones, esto de la mano con el examen que se realiza respecto del tenor de póliza expedida en desarrollo de la relación contractual<sup>72</sup>.

Hechas estas verificaciones y concluyendo este ejercicio sin mayor esfuerzo se concluye que los llamantes (Joseph Camacho y Mireya Gaitán) no tienen para con la llamada en garantía, vínculos, ni legales ni contractuales, que hagan pensar que la Compañía de Seguros Generales SURAMERICANA S.A., en algún escenario en el que eventualmente resultaren los esposos Camacho/Gaitán condenados al pago de algún perjuicio, esté ella obligada a pagar ese perjuicio o a reembolsarles lo que ellos hubieren pagado resultado de tal condena, toda vez que la condición de beneficiario del Señor Camacho, no alcanza a generarle la condición de afianzado por el que deba responder la compañía a la que se llama.

Esta conclusión se da simplemente revisando los derechos que confiere la condición de beneficiario de una póliza frente al asegurador, tal y como lo puntualizó la sentencia C-170-14 que habiendo tendido como Magistrado Ponente al Dr. ALBERTO ROJAS RÍOS, se expidiera en Bogotá, D.C., a diecinueve (19) de marzo de dos mil catorce (2014), antes citada.

En capítulo anterior de este laudo se expuso y analizó la manera como se estructura el Contrato de Seguro de Cumplimiento, sus partes, obligaciones, coberturas y manejo, concluyendo de ello que, con base en esos parámetros allí desarrollados, la condición de beneficiario del seguro de cumplimiento de las obligaciones del contratista Maldonado, que solamente ostenta uno de los llamantes en garantía (Joseph Camacho) dentro de la póliza expedida, no les confiere el derecho que se afirmó existir al presentarse la solicitud en estudio, a ninguno de los llamantes, ni menos a los dos conjuntamente, para sostener que pudiera resultar como la obligación de la Aseguradora llamada en garantía la obligación a cubrir el riesgo de una eventual condena en su contra -de los Camacho-Gaitán- por la que ella deba responder, bien pagando la indemnización, bien reembolsando lo que por ella se pague.

Esto, toda vez que legalmente, a la luz del marco regulador de estos contratos de seguro, la posición contractual de ser beneficiario (uno solo de los llamantes, en

---

<sup>71</sup> Folios 327 a 329 Cuaderno Principal 1.

<sup>72</sup> Folio 280 a 281 Cuaderno de Pruebas 1

este caso) de la garantía del pago de lo que tentativamente se condenare a pagar al afianzado-asegurado, no lo convierte en otro asegurado más y por lo tanto ese asegurador llamado en garantía, no está en ningún escenario respondiendo por los perjuicios que el simple beneficiario no cubierto con ese amparo llegare a él a causar y que le fueren definidos en el pronunciamiento de fondo de la controversia como sumas a su cargo.

Confunden los llamantes, a criterio del Tribunal, el alcance del art. 64 op.cit., tan citado, cuando por vía de una figura exclusiva para la vinculación de quien es un garante propio, pretenden involucrar al garante del otro como si fuera propio o pretendan que por medio de este Instituto Procesal se produzcan condenas que solo pueden ser el resultado de acciones directas, como serían las que emanan del contrato de seguro, resultado ellas según sea la acción a impetrarse, de la posición que cada uno de los contratantes ocupe dentro de la relación comercial del contrato de seguro, acciones directas que al intentarse mediante reforma de la demanda de reconvención, fueron descartadas del Tribunal como asuntos sometidos a sus competencias.

No hay pues vínculo legal ni contractual entre Joseph Camacho y Mireya Gaitán y la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., derivado de la póliza No 1062376-3 que se enmarque dentro de las exigencias del citado artículo 64 para la procedencia del llamamiento garantía, tal y como lo exige la ley procesal.

Con estas precisas aclaraciones y como presupuesto previo para el estudio de las planteadas pretensiones y excepciones en relación con esta intervención de SURAMERICANA, estudios que se descartan, considera el Tribunal que no siendo de recibo la intervención dentro de este proceso arbitral como tercero de la sociedad llamada en garantía, consecuentemente y por sustracción de materia, no prosperará ninguna de las peticiones de los llamantes frente a la sociedad llamada y de contera la procedencia de lo expuesto aquí, que coincide con la defensa propuesta por la llamada en garantía sobre la no conducencia de su intervención como tercero dentro de este proceso arbitral, se establece sin dudas, lo que será así declarado.

Esto, toda vez que no es de aplicación, procesalmente hablando, el uso de la figura del Llamamiento en Garantía que se contempla en los artículos 64 del C.G.P. y 37 de la ley 1563, ley de arbitraje, en los términos y parámetros que los llamantes exponen en su petición, tal y como arriba se expuso.

### 3.10.6 Conclusiones sobre las excepciones propuestas por el llamado en garantía

De conformidad con lo dispuesto en el art. 282 del C.G.P., probada una excepción, incluso una genérica, el juez deberá abstenerse de estudiar las restantes.

## CAPÍTULO CUARTO

### LA DECISIÓN A ADOPTARSE

Iniciemos por decir que es claro para el Tribunal que debe darle estricta aplicación al mandato del 176 y al rigor del art. 281 ambos del Código General del Proceso<sup>73</sup>, y ceñirse en lo resuelto a lo pedido por las partes en el contexto de su petición y con fundamento en los hechos y circunstancias que éstas expusieron en sus oportunidades procesales, lo cual será estrictamente observado dentro de los parámetros que adelante se exponen.

De análoga manera, antes de continuar con lo anunciado y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 280 op.cit<sup>74</sup>, merece especial mención el tratamiento y alcance que el Tribunal dio a dos de las pruebas aportadas por los litigantes iniciales y en las que soportan ellos mucho de lo por ellos pretendido probarse: (i)

---

<sup>73</sup> ARTÍCULO 281. C.G.P.- CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio. (...)(subrayas fuera de texto)

<sup>74</sup> ARTÍCULO 176. C.G.P. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

ARTÍCULO 280 C.G.P.- La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código. Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación. (Negrillas y subrayas fuera)

el informe de obra de los Señores Ingenieros Mantilla y Arciniegas <sup>75</sup> aportado por el demandante y (ii) el informe que rindiera el Ingeniero Camilo Montoya Céspedes <sup>76</sup> aportado por los demandados.

Merecen especial mención estos documentos pues para ambos son comunes las siguientes circunstancias:

1. Son documentos generados y expedidos de forma privada con destino a cada una de las partes que los aportan,
2. Su costo, se deduce de lo dicho en el expediente, fue asumido y pagado por el destinatario del respectivo informe.
3. No fue válidamente probada la exactitud de sus contenidos mediante mecanismo idóneo en el proceso, v.gr, examen pericial sobre ellos.

Si bien ambos informes aportados se contradijeron superficialmente en su momento por cada una de las partes en sus escritos, dichas contradicciones no fueron soportadas, se insiste, de forma técnica e independiente que permitieran concederles la veracidad, ni a los contenidos ni a las objeciones expuestas.

Debe mencionarse, además, en desarrollo del espíritu del precepto del artículo 211 del C.G.P.<sup>77</sup> que es el querer del legislador que los testigos deban gozar de una absoluta condición de imparcialidad en sus intervenciones en el proceso judicial, siendo prerrogativa de las partes, frente a las circunstancias que la misma norma expone, proceder a tacharlos cuando se esté en presencia de alguna de ellas.

Si bien es cierto en la intervención del testigo y autor del informe del estado de la obra atrás mencionado, Ingeniero Camilo Montoya Céspedes, quedó probado <sup>78</sup>,

---

<sup>75</sup> Folios 16 a 71 Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>76</sup> Folios 140 a 198 Cuaderno de Pruebas.

<sup>77</sup> ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

<sup>78</sup> Testimonio del 30 de agosto de 2016. "DR. VILLA: ¿Tiene usted alguna relación con las partes aquí en conflicto, con la firma Juan Maldonado y el señor Camacho, la señora, sus apoderados, alguna dependencia laboral?

SR. MONTOYA: No, con el señor Camacho ninguna.

DR. VILLA: ¿Con alguna de las partes o sus apoderados?

SR. MONTOYA: Con los apoderados del señor Camacho, sí.

DR. VILLA: ¿Qué relación tiene con ellos?

que él tiene vínculos de consanguinidad directa con los apoderados de la parte convocada y aportantes del informe de su autoría, y que adicionalmente él mismo sustituyó como contratista de los demandados a la sociedad del demandante en la terminación de la obra sobre la que él mismo se pronunció, estas circunstancias no fueron apreciadas por el convocante y/o su apoderado y no se presentó tacha respecto de él, para el Tribunal sí será ello motivo de referencia especial adicional a lo antes dicho sobre la veracidad del informe aportado, esta circunstancia y las demás las tendrá en cuenta al momento de apreciar, tanto su testimonio, como el documento de su autoría que se aportó y otorgarle el valor probatorio correspondiente.

Se hace mención especial, igualmente, conforme el mandato del artículo 280 que nos ocupa, al valor probatorio que el Tribunal asigna a la Inspección Judicial practicada de forma anticipada con la intervención de perito por el Juez Municipal de Villa de Leyva <sup>79</sup>, con la que se pretendía establecer el estado de la obra ejecutada por el demandante inicial a la terminación del contrato en las condiciones alegadas por los demandados iniciales, la cual -la inspección- por haber sido practicada cinco meses después de la ocurrencia de los hechos a probarse y tres meses después del inicio de la terminación de las obras revocadas, ya por parte del nuevo contratista designado, en testigo, interventor y autor del informe Camilo Montoya Céspedes, mal puede arrojar verdad sobre el tema que se pretendió probar, motivo por la cual no será tomada en cuenta.

Respecto de los documentos aportados, ellos se valoran en la medida de lo que incorporan, advirtiéndose igualmente que, aquellos cuyos contenidos fueron desconocidos por el litigante contra quien se aportó, tampoco fueron en el trámite del proceso corroborados por medio probatorio adicional idóneo, ni en sus contenidos, ni en sus objeciones, resaltándose que ninguno fue objeto de tacha de falsedad por parte de quien no coincidía con sus contenidos.

De regreso a lo inicialmente expuesto en este numeral, la Corte Suprema de Justicia, ocupándose de la obligación del juez de interpretar las demandas que se ponen bajo su decisión, y de la congruencia predicada por el artículo 281 op.cit., ha sido cuidadosa en marcar y definir el lindero y que no se convierta al juez en un suplantador del demandante, sin embargo, pone en manos de éste la obligación de encontrar lo pertinente dentro del expediente para poder dar solución a la controversia que se propone.

---

SR. MONTOYA: Papá y hermano.”

<sup>79</sup> Folios 258 a 259 Cuaderno de Pruebas No. 1

En estudio hecho por el Magistrado de la Sala Civil de esta Corporación William Namén Vargas en marzo 10 de 2009, expuso cómo el juzgador debe buscar el sentido genuino de la demanda sin alterarla ni sustituirla, haciendo prevalecer el derecho sustancial después de un análisis serio, fundado y razonable de todos los segmentos de la causa, ya que la intención de autor no aparece solamente en la parte de las súplicas, por lo que la interpretación debe basarse en el *integrum* de la demanda<sup>80</sup>.

Ante la situación de hecho comprendida por el Tribunal y en la medida que “no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones”, acude el Tribunal a la facultad oficiosa reconocida expresamente por la ley para declarar, producto, se repite, del ejercicio analítico de todas y cada una de las pruebas, la presencia del mutuo incumplimiento que lleve a la negación de pretensiones resarcitorias para los contratantes, como efectivamente acaeció.

El Tribunal manifiesta que la declaratoria de dicha situación no atentaría contra el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales,<sup>81</sup> establecido legalmente en los artículos 281 y 282 del Código General del Proceso,<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Referencia: Exp. 11001-3103-032-2002-00083-01 | De cara al tema, no han sido pocos los pronunciamientos de esta Corporación en el sentido de indicar que “al juzgador le corresponde, respetando claro está las garantías fundamentales, darle sentido pleno a las formas y no sacrificarlas por la forma misma, justificándolas en tanto ellas estén destinadas a lograr la protección de los derechos de las personas, obviamente que de un modo racional, lógico y científico, amén de ceñido a la ley, examinando el contenido integral de la demanda e identificando su razón y la naturaleza del derecho sustancial que en la misma se hace valer. [...] Esto, porque como lo tiene explicado la Corte, la ‘intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental’. Basta, por lo tanto, que la intención del demandante aparezca clara en el libelo, ya de manera expresa, ora porque se deduzca de todo su texto mediante una interpretación razonable” (SC No. 145 de 17 de octubre de 2006), tanto cuanto más si “no existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido y sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que aquélla aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en conjunto de la demanda” (G.J. t. CXXXII, pág. 241), siempre teniendo en cuenta el sentenciador que como ‘el objeto de los procedimientos (art.4º. del C.P.C.) es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, una deficiente o incorrecta expresión usada en el petitum [o en la causa petendi, valga añadir] no puede ser pretexto para sacrificar el derecho de la parte demandante menos aún si de los hechos y de los fundamentos de derecho surge con suficiente claridad cuáles son las verdaderas pretensiones [o hechos] que ella aduce...’ (G.J. t. CLII, pág. 135; t. CCXVI, pág. 78).” (SC No. 028 de 27 de febrero de 2001).

<sup>81</sup> Consejo de Estado. Sentencia 12 de agosto de 2004. Expediente 21177. Rad.: 200123310001999072701. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

<sup>82</sup> ART. 281.- C. G. P. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley (...).

ART. 282.- C.G.P.- Resolución de Excepciones. - En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

adicionalmente a las consagraciones jurisprudenciales ya relacionadas que imponen al juez la obligación de declarar lo que encuentre debidamente probado en el proceso.

Esto no es más que el desarrollo práctico y tangible del principio constitucional contenido en el artículo 228 de la Carta Magna, que de la mano del precepto del artículo 29 del mismo ordenamiento consagra cómo, frente a la presencia de situaciones que consoliden situaciones propias del derecho sustancial, ellas deben prevalecer sobre las formas, respetando, de todas maneras, los principios orientadores del concepto del 'Debido Proceso'.<sup>83</sup>

La Litis, lo hemos reiteradamente expuesto, se traba sobre la pretensión del demandante de declararse el incumplimiento del Contratante al terminarle el contrato de obra en Octubre de 2014, aduciendo que éste se venía manejando conforme lo convenido y que, pese a algunas demoras propias de la naturaleza del encargo, el Contratista obraba conforme a derecho y a los rigores contractuales, por lo que pretendía ser indemnizado como consecuencia del aludido incumplimiento de su contraparte, fruto de la terminación unilateral del contrato del que había sido víctima.

Por su parte los demandados replican aduciendo incumplimientos, pero por parte del contratista y exculpando su proceder, inicialmente en la excepción de contrato no cumplido, pero sustancialmente, de acuerdo con sus decires, escritos y alegaciones, en la prerrogativa propia del Contrato de Obra para el contratante, de darlo por terminado en cualquier momento, conforme los preceptos del artículo 2056 del ordenamiento civil colombiano.

---

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, **debe abstenerse de examinar las restantes**. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. (...) Negrillas y subrayas fuera

<sup>83</sup> **Artículo 29. C.N.-** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.  
**Artículo 228 C.N.-** La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en **ellas prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (subrayas fuera)

*“Por consiguiente, aun cuando los jueces gozan de libertad para valorar el material probatorio con sujeción a la sana crítica, no pueden llegar al extremo de desconocer la justicia material, bajo la suposición de un exceso ritual probatorio contrario a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P). Por ello, es su deber dar por probado un hecho o circunstancia cuando de dicho material emerge clara y objetivamente su existencia.* Sentencia **T-974 de 2003**

Intentan también una demanda de reconvención pidiendo indemnizaciones por esos incumplimientos, amparándose en la citada facultad de terminación unilateral mencionada y solicitan se haga presente, vía la figura procesal del Llamamiento en Garantía, la compañía aseguradora del contratista para que se le condene solidariamente a unos pagos.

Hechos estos señalamientos, procederá entonces en la parte resolutive el Tribunal a proferir su decisión, basada en los considerandos legales, doctrinales y jurisprudenciales expuestos a lo largo de este escrito, dirigidos especialmente a resolver con fundamento en lo que se logró efectivamente demostrar durante el proceso, especialmente en lo que concierne al real querer de las partes dentro de la relación contractual que entre ellos existiera, más allá del texto facial de los contratos y escritos arrimados que se pretendieron exigir a pie puntillas por quienes los esgrimieron como única referencia de las obligaciones queriendo dejar de lado cuál fue la realidad de esta relación.

En este estado presta el Tribunal especial atención a la manera como los intervinientes acataron, modificaron y/o desconocieron esos textos firmados y la manera como se le puso fin a la relación de negocios, esto con apoyo en las actuaciones, omisiones y consecuencias que rodearon la manera como se dio por finalizada la gestión del Contratista, lo mismo que las responsabilidades que acompañan a cada uno de los litigantes dentro de este trámite arbitral, todo ello en desarrollo del mandato del artículo 1618 del Código Civil, antes desarrollado de forma extensiva en este mismo escrito.

Fue claro para el Tribunal, y así lo indicó en su oportunidad, cómo la existencia de diferentes textos contractuales no correspondía a modificaciones concertadas de la voluntad de los intervinientes, sino, a lo menos los iniciales documentos, fueron el resultado del deseo de hacer ver a terceros -Banco de la República y Compañía Aseguradora- una realidad simulada de la real intención de los contratantes, para con ello obtener unos permisos de ingreso de fondos y un amparo de cumplimiento de la obra contratada, que no coincidían con lo que realmente pasaba en el mundo del contrato en desarrollo.

De igual manera se pudo establecer que con el actuar de las partes durante la vida de su relación de negocios, lo que primó fue la informalidad y el relajamiento de manejo de sus relaciones, comenzando por el mismo contrato el que se elabora por una tercera persona ajena el cual -al decir del propio demandante en su deposición- se sabía no iba a ser observado de forma exacta, continuando con un descuidado manejo en el control de avance de los trabajos y en el ingreso y disposición de los fondos requeridos para ello, resultado ambos de camarillas y conversaciones improvisadas entre los contratantes cada vez que el ordenante de



la obra la visitaba, actitudes y procederes que en nada atendían esas detalladísimas exigencias y procedimientos que el texto del inicial contrato contenía, los que jamás, ni fueron observados cumplidamente, ni fue exigida su atención por ninguno de los involucrados.

En la misma línea de conducta, la pretendida inclusión de una interventoría no convenida, la que termina siendo no solo la causa que invoca el contratante para , en su personal forma de entenderlo y aplicarlo, como antes se expuso, hacer uso de la prerrogativa legal de este tipo de contratos de terminar ese contrato de obra unilateralmente, solamente que dicha tarea él la desarrolla de forma incompleta y sin que se logre y ni siquiera se intentara probar por parte de quien lo alega, ese cabal cumplimiento de las exigencias del tan estudiado en este fallo, artículo 2056 del Código Civil.

Esta repentina presencia del interventor también es el origen de la nueva contratación de culminación de la misma obra auditada por y para él mismo, lo cual es algo que tenía que ser tenido en cuenta por el juzgador.

Este análisis así esquematizado, fue el vehículo para llegar a las conclusiones antes expuestas y dejar así plasmado cómo, la no probanza del cumplimiento de las exigencias que dicha prerrogativa de revocación legal exige, genera que no le sea posible al fallador -por no ser tema expuesto dentro de los *petitums* de ninguna de las partes- hacer pronunciamientos sobre los eventuales derechos que pudiera tener hoy el Contratista así revocado.

Esta circunstancia se deja de presente en este laudo, pero pese a sus desajustes, de todas formas y por mandato legal, sí le puso fin al contrato desde el momento de su asunción.

La informalidad y manejo relajado de las cargas contractuales, que llegó a los puntos de una mutua culpa y de tolerados mutuos y recíprocos incumplimientos de lo por ellos realmente acordado dentro de esa excesiva amplitud de manejo, confesado incluso por el propio demandante en su alegato conclusivo, llevó al Tribunal a percatarse de la condición de contratantes incumplidos de ambos litigantes con las consecuencias legales en materia de resarcimientos que eso conlleva, y que así se trasladarán a la parte resolutive.

Finalmente, y sin haber tenido que profundizar a fondo en sus orígenes, manejo y ejecución, la equivocada manera de pretender vincular al proceso arbitral a la sociedad SURAMERICANA S.A., hizo que cualquier responsabilidad emanada del contrato de seguro contratado no fuera resuelta en este escenario, por no ser, se repite, la vinculación procesal elegida, la idónea para este tipo de pretensiones.

## CAPÍTULO QUINTO

### 5.1 JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone:

*“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*“Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

***“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.***

*“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*“El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

**“Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”.** (Negrillas y subrayas fuera)

En sentencia C-157 de 2013 la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012,

*“bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”.*

Dicha disposición fue modificada por el artículo de la ley 1743 de 2014 que dispuso en su artículo 13:

**Artículo 13.** *Modificación al Juramento Estimatorio. En adelante el inciso cuarto y el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así:*

*“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

...

*“Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

***“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.*** (Negrillas y subrayas fuera)

De esta manera, la ley 1743 modificó, de una parte, el beneficiario de la condena en el caso en que la cantidad estimada resulte superior a la probada o en el caso

que se nieguen las pretensiones por falta de demostración del perjuicio, pues a partir de esta ley la condena debe imponerse a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y por otra parte, modificó el supuesto de aplicación de la sanción del párrafo, la cual sólo procede cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, lo que busca reflejar la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional señaló en sentencia C-157 de 2013 al analizar el artículo 206 del Código General del Proceso que *“el propósito de la norma, valga decir, su razón de ser” es: “desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias”,* propósito que sirve para precisar el régimen de la institución.

Ahora bien, si se analizan los supuestos de imposición de las sanciones previstas por el Código General del Proceso se aprecia lo siguiente:

El inciso 4º del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción para el caso en que la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada.

Por su parte, el párrafo único del mismo artículo establece una sanción para el evento en que la pretensión no prospere por falta de prueba del perjuicio.

Así las cosas, ha de concluirse que cuando la pretensión no prospera en absoluto por razones distintas a la falta de prueba del perjuicio, no procede la sanción del artículo 206 del Código General del Proceso, pues tal supuesto no corresponde al del inciso 4º, y tampoco queda cobijado en el párrafo único del artículo.

Por otra parte, es claro igualmente que la sanción no procede cuando se trata de sumas reclamadas a título de cláusula penal, porque, de una parte, en tal caso la estimación no es obra de una de las partes, sino de quienes han celebrado el contrato en que aquella se incorpora, y de otro lado porque quien reclama el pago de una cláusula penal no tiene que probar el perjuicio, y adicionalmente porque el artículo 1599 del Código Civil dispone que la aplicación de la cláusula penal procede *“...sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”*.

Con base en lo anterior procede el Tribunal a pronunciarse sobre los juramentos estimatorios realizados por las partes.

### **5.1.1 El Juramento estimatorio presentado en la demanda principal**

En el escrito de solicitud de convocatoria el apoderado de la parte convocante estimó razonadamente y bajo la gravedad de juramento los perjuicios generados en una suma de **CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$124.153.769.00)**.

Este juramento que no fue objetado oportunamente por la parte convocada por lo que resulta en firme.

Ahora bien, no encuentra el Tribunal que la ausencia de condena al pago de los perjuicios estimados por la parte demandante haya obedecido al actuar negligente o temerario de la misma, por lo cual, a la luz de lo dispuesto por el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la ley 1743 de 2014, no procederá la imposición de la sanción contemplada por la ley.

### **5.1.2 El Juramento estimatorio presentado en la demanda de reconvención**

En el escrito de demanda de reconvención la convocante en reconvención estimó de manera razonada y bajo juramento la cuantía en el convocante inicial del presente Tribunal de Arbitramento, en su escrito de demanda estimó sus pretensiones bajo la gravedad de juramento en **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (154.000.000)**.

Este Juramento fue objetado oportunamente por la parte convocante (convocada en reconvención) sin que hubiera surtido trámite posterior alguno que permitiera su definición.

Al igual que en el caso anterior, no encuentra el Tribunal que la ausencia de condena al pago de los perjuicios estimados por la parte demandada, quien actuó como demandante en reconvención, haya obedecido al actuar negligente o temerario de la misma, por lo cual a la luz de lo dispuesto por el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la ley 1743 de 2014, no procede tampoco la imposición de la sanción contemplada por la ley.

## CAPÍTULO SEXTO

### COSTAS

#### 6.1.1 Costas demanda principal y demanda de reconvención.

De conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso:

*“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*(...)*

*“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión (...).”*

Para efectos de la liquidación, el artículo 366 del C.G.P indica en lo pertinente:

*“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

*“(...)*

*“3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.*

*Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.*

*“4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas(...).”*

La Corte Constitucional, frente al tema de la imposición de costas, ha manifestado lo siguiente:

*“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”<sup>84</sup>.*

De esta manera, resultado de la improcedencia declarada de la actuación desplegada por la parte convocada al llamar en garantía a la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. el Tribunal procederá a la condena en costas sin consideración a la conducta de las partes, y tendrá en cuenta que en el presente caso, ni la demanda principal, ni la demanda de reconvención prosperan, por lo cual no impondrá costas en favor ni en contra del convocante inicial ni del convocado inicial (Artículo 365. No .5, CGP)

### **6.1.2 Costas por el Llamamiento en garantía**

---

<sup>84</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-157/13, marzo 21 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo

Teniendo en cuenta que se desestimará en su totalidad la prosperidad del Llamamiento en garantía, de acuerdo con las normas procesales antes mencionadas procede condenar en costas a la parte vencida (Llamante en garantía) a favor de la parte vencedora (Llamado en garantía).

Para lo anterior el Tribunal tendrá en cuenta los siguientes criterios:

Se encuentra probado en el expediente el pago de los honorarios del Tribunal correspondientes a la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a folios 537 del Cuaderno Principal No. 1 por valor de SEIS MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS (\$6.087.402.00), folio 537 Cuaderno Principal 1

Igualmente se encuentra probado el pago de los honorarios pagados a la intérprete Elsa Jaramillo por valor de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000.00), folio 7 del Cuaderno Principal No. 2.

El Tribunal procede entonces a fijar la suma a pagar por concepto de agencias en derecho teniendo en cuenta el Artículo 5º del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, que a su tenor consagra:

*“Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.”*

Teniendo en cuenta que de acuerdo con el llamamiento en garantía la petición fue *“el pago de los amparos contractuales pactados por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a favor de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN según la póliza de Seguro de Cumplimiento a particulares No. 1062376-3.”*

Considerando el Tribunal que las pretensiones de la demanda de reconvención ascienden a CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$ 154.600.000.00), el término del proceso, la complejidad del mismo el Tribunal estimará las agencias en el 7% de la suma mencionada, para un valor de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDÓS MIL PESOS (\$10'822.000.00)

Resultado de estas premisas por el rubro de costas se llegará a un total por concepto de ellas a favor de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA y a cargo de JOSEPH LOUIS CAMACHO y MIREYA GAITÁN de DIECISIETE



MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS (\$ 17'409.402.00)

## **CAPITULO SÉPTIMO**

### **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad **JUAN MALDONADO JLMG LTDA** y **JOSEPH LOUIS CAMACHO** y **MIREYA GAITÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, así como por habilitación de las Partes,

### **RESUELVE:**

#### **Respecto de la Demanda Principal:**

**PRIMERO: DECLARAR** el incumplimiento del **CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No JLMG-VUFC-VDL-09-2013** por parte de **JOSEPH LOUIS CAMACHO** y **MIREYA GAITÁN**, con las variables y condiciones establecidas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** la declaración de resolución del **CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No JLMG-VUFC-VDL-09-2013**, de acuerdo con lo expresado sobre el particular en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: NEGAR** la pretensión tercera, consistente en la condena al pago de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante, por no darse lugar a ello, de acuerdo con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: NEGAR** la pretensión quinta, consistente en la solicitud de condenar el pago intereses comerciales más la indexación, negación que

se hace de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia y como consecuencia de lo decidido respecto del punto **TERCER** de la parte resolutive de esta providencia.

**QUINTO: DECLARAR** no prosperas ninguna de las excepciones propuestas por la parte convocada, ello de acuerdo con lo precisado sobre el tema en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO: DECLARAR** de oficio como próspera la excepción de contrato no cumplido, con las variables y condiciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO:** Sin costas en cuanto a la demanda principal para las partes de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

#### **Respecto de la Demanda de Reconvención:**

**OCTAVO: NEGAR** la pretensión primera declarativa de la demanda de reconvención, por las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

**NOVENO: DECLARAR** el incumplimiento del **CONTRATO DE CONSULTORÍA Y OBRA CIVIL No JLMG-VUFC-VDL-09-2013** por parte de **JUAN MALDONADO JLMG LTDA.**, con las variables y condiciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**DÉCIMO: NEGAR** la pretensión tercera declarativa de la demanda de reconvención, con fundamento en las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

**UNDÉCIMO: NEGAR** las pretensiones condenatorias principales y subsidiarias de la demanda de reconvención, con base en las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

**DUODÉCIMO: DECLARAR** próspera la excepción de contrato no cumplido propuesta en la contestación a la demanda de reconvención, con las variables y condiciones expuestas en las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOTERCERO:** Sin costas en cuanto a la demanda de reconvención para las partes de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

**Respecto del Llamamiento en garantía:**

**DECIMOCUARTO: NEGAR** por improcedente el llamamiento en garantía en contra de la sociedad **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, propuesto por los demandantes en reconvención, por las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOQUINTO: CONDENAR** a **JOSEPH LOUIS CAMACHO** y **MIREYA GAITÁN**, de manera solidaria a pagar a favor de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** la suma de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS (\$ 17'409.402.00), por concepto de costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOSEXTO: DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes una vez ejecutoriado el presente Laudo. Las partes expedirán los certificados de retención correspondientes.

**DECIMOSÉPTIMO:** En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

**DECIMOCTAVO: DISPONER** que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las Partes.

**DECIMONOVENO: DISPONER** que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

La anterior decisión se notificó en audiencia.

**MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA**  
Presidente

**WILLIAM LUGO FORERO**  
Árbitro

**CARLOS ANGARITA ANGARITA**  
Árbitro

**LILIANA OTERO ÁLVAREZ**  
Secretaria

Contenido	
CAPÍTULO I .....	1
ANTECEDENTES.....	1
1.1 PARTES PROCESALES .....	1
1.1.1 Parte convocante: .....	1
1.1.2 Parte convocada: .....	1
1.1.3 Llamada en garantía: .....	2
1.2 TRÁMITE .....	2
1.2.1 El contrato origen de las controversias. ....	2
1.2.2 La cláusula compromisoria.....	3
1.2.3 Indicación de la cuantía y juramento estimatorio .....	3
1.2.4 La demanda arbitral.....	3
1.2.5 Árbitros .....	4
1.2.6 Instalación .....	4
1.2.7 Admisión de la demanda .....	4
1.2.8 Contestación de la demanda .....	5
1.2.9 Demanda en Reconvención.....	5
1.2.10 Contestación de la Demanda de Reconvención.....	5
1.2.11 Llamamiento en garantía .....	5
1.2.12 Reforma de la Demanda de Reconvención.....	5
1.2.13 Objeción Juramento Estimatorio .....	6
1.2.14 Audiencia de Conciliación .....	6
1.2.15 Fijación de honorarios y gastos del proceso .....	6
1.2.16 Primera audiencia de trámite .....	7
1.2.17 Audiencias.....	7
1.2.18 Término del proceso.....	7
1.3 PRESUPUESTOS PROCESALES .....	8
1.3.1 Demanda en forma .....	8
1.3.2 Competencia.....	8
1.3.3 Capacidad .....	8
1.4 LA DEMANDA PRINCIPAL .....	9
1.4.1 Las pretensiones de la demanda principal .....	9
1.4.2 Hechos planteados por la convocante en la demanda principal.....	9
1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL.....	19
1.5.1 Excepciones propuestas en la contestación a la demanda principal ..	23
1.6 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN .....	24
1.6.1 Las pretensiones de la demanda de reconvención.....	24
1.6.2 Hechos planteados en la demanda de reconvención .....	27
1.6.3 Excepciones a la demanda de reconvención.....	32
1.7 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.....	32

1.7.1	Hechos planteados en el llamamiento en garantía .....	32
1.7.2	Petición planteada en el llamamiento en garantía .....	35
1.7.3	Contestación al llamamiento en garantía.....	35
1.8	PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.....	46
1.8.1	Pruebas documentales .....	46
1.8.2	Interrogatorios de parte.....	47
1.8.3	Testimonios.....	47
1.8.3.3	Testimonios desistidos.....	48
1.9	Alegatos de conclusión .....	48
2	LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.....	49
3	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL .....	53
3.1	DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSI A SOMETIDA A DECISIÓN ARBITRAL Y METODOLOGÍA PARA DECIDIR SOBRE ELLA.....	53
3.2	EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA REAL VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES. ALCANCES DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 1618 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.....	54
3.3	LOS ACTOS PROPIOS COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	65
3.4	EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO BILATERAL. (ESTUDIO DEL ART. 1546 C.C.) .....	74
3.4.1	Las Acciones del Acreedor ante el Incumplimiento del Deudor.....	78
3.5	EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. ....	85
3.6	LA CULPA PROPIA / LA CONCURRENCIA DE CULPAS .....	87
3.7	EL CONTRATO DE OBRA MATERIAL.....	95
3.7.1	Contrato de obra material:.....	96
3.7.2	La terminación del contrato de obra: .....	100
3.7.3	La confianza legítima en el contrato de obra civil:.....	108
3.8	EL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO.....	109
3.8.1	El seguro de cumplimiento: .....	112
3.8.2	Objeto del Seguro de Cumplimiento.....	113
3.8.3	Asegurado en el seguro de cumplimiento: .....	113
3.8.4	Necesidad de demostrar el incumplimiento y el monto del perjuicio causado. ....	114
3.8.5	Nulidad relativa del contrato de seguro de cumplimiento por reticencia o inexactitud. ....	116
3.9	LA REALIDAD DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES – ESTUDIO DEL CONTRATO.....	122
3.10	LA SITUACIÓN Y LA SUERTE DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR LAS PARTES, FRENTE A LOS MUTUOS INCUMPLIMIENTOS DE SUS REALES OBLIGACIONES CONTRACTUALES.	

3.10.1	Conclusiones sobre las pretensiones formuladas en la demanda principal.....	144
3.10.2	Conclusiones sobre las excepciones a la demanda principal .....	156
3.10.3	Conclusiones sobre las pretensiones de la demanda de reconvención reformada .....	162
3.10.4	Conclusiones sobre las excepciones frente a la demanda de reconvención.....	166
3.10.5	Conclusiones sobre las pretensiones frente al llamado en garantía. ....	166
3.10.6	Conclusiones sobre las excepciones propuestas por el llamado en garantía .....	171
	<b>CAPÍTULO CUARTO</b> .....	171
4	LA DECISIÓN A ADOPTARSE .....	171
5	<b>CAPÍTULO QUINTO</b> .....	178
5.1	JURAMENTO ESTIMATORIO .....	178
5.1.1	El Juramento estimatorio presentado en la demanda principal .....	181
5.1.2	El Juramento estimatorio presentado en la demanda de reconvención .....	181
	<b>CAPÍTULO SEXTO</b> .....	182
6	COSTAS.....	182
6.1.1	Costas demanda principal y demanda de reconvención. ....	182
6.1.2	Costas por el Llamamiento en garantía .....	183
	<b>CAPÍTULO SÉPTIMO</b> .....	185
	<b>PARTE RESOLUTIVA</b> .....	185